المعهد العالى للدراسات الاسلامية

أصول القواعد القانونية

دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي

للدكتـــور
عبد اللـه مبروك النجار
أستاذ القانون المدني بجامعة الأزهر
عضو مجمع البحوث الإسلامية
بالأزهر الشريف
محام بالنقض

الطبعـة الأولي
١٤٢٦هـ-٢٠٠٦م

رقم الايداع : ٢١٠٦٨ / ٢٠٠٣
الترقيم الدولى : I.S.B.N.
977-09-4378-6



قال الله تعالي :

﴿ اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت
عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً... ﴾

صدق الله العظيم

" سورة المائدة من الآية (٣) "

تقـــديـــم

الحمـــد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، سيدنا ونبينا محمـــد بـــن عبد الله الرحمة المهداة والنعمة المسداة ، صلى الله عليه وعلى آله وأصـــحابه وأتـــباعه ، ومن سار على منوال شريعته واتبع منهاج دينه إلى يوم الدين وبعد ؛

فـــإن دراسة القانون تخدم الشريعة - بلا شك - ، لأن القانون في مجمله يمثل الفكر الإنساني في سموه ورقيه حين يتجرد ليضع مبادئ تقيم العدل ، ويقرر نصوصـــاً تحقق النَصَفَة بين المظلومين ، وهذا الفكر - بما يتمخض عنه من تلك السـمة ، ويـــتطلع إلـــيه من هذه الغايات النبيلة - إنما يمثل الموئل الأكبر لمن يلتمســـون عـــنده الحل ، ويقصدون نصوصه طلباً لتفريج ما يعترض حياتهم من مآزق وكروب ، فإذا ما تمت دراسته، وجري تحليله ، وتم إحصاء ما يعتريه من النقص ، عند التطبيق أو القصور في مجال العمل ، أو حين تظهر الدراسة ما قد يبدو عليه من انفصام بين المقاصد التي تمت صياغته لتحقيقها ، والواقع الذي قد يتغـــير ليصـــبح في وادٍ ، ونصوص ذلك القانون في وادٍ آخر ، فإن كل ذلك من شـــأنه أن يظهـــر ابتداء مدى ما يتمتع به شرع الله من جودة الصياغة ، وإحكام الصـــنعة التشريعية التي جعلته قادراً على استيعاب كل ما يتفتق عنه العصر ، بل وكافـــة العصـــور من تغيرات وتطورات إلى يوم الدين ، حيث يتنزه عما يعتري القانون من تلك الطوارئ التي تدل على قصوره ، وتظهر مدى ما فيه من ضعف وعجـــز عـــن تحقيق آمال الناس في عدل حقيقي يسعد حياتهم ويبدد شقاءهم ، ويمسح على وجوههم بيد الأمن والطمأنينة ، وتبدو - دائماً - قوته ، فتية ، فيها مـــن حضـــور التشريع وملاءمة الأحكام ما يصلح لكل زمان ومكان ، ومثل تلك المقارنة الأولية لن يتسنى إدراكها ، إلا من خلال الدراسة .

وهـنـاك أمر آخر لا يقل أهمية عن تهيئة مثل تلك المقارنة بين التشريع الوضـعي ، والتشريع السماوي ، والتي لا بد أن تنتهي لصالح شرع الله ، وهو يتمـثل فـيما تهيئه مثل تلك الدراسات القانونية من تكوين ملكة الفكر التشريعي السوي عند الطالب ، لأن منهج تلك الدراسات قد استقر منذ فترة طويلة ، بعد أن استفاد من كافة تجارب الفكر البشري ، وأصبح على قدر من الثراء في المنطق ، والمـنهج ، وترتيب الأفكار الذي يفيد- بالقطع - طالب الفقه الإسلامي ، ويجعله قـادراً علـى اسـتيعاب المقاصد العامة للتشريع على وجه العموم ، والتفكير في إطارها عند دراسة المواد المتعلقة بفقه الأحكام على وجه الخصوص ، كما يُفيده كثيراً في إعداد بحوثه وصياغة أفكاره على نحو علمي سديد .

كما أن دراسة القانون تفيد طالب العلم الشرعي ، حيث تبصره بالمواطن التي تحتاج إلى البديل التشريعي الإسلامي ، ليجتهد الطلاب والفقهاء والعلماء في إيجـاده ، وهـذا يساعد على تطبيق شرع الله ، ولهذا كان من الحق ما قلناه في مستهل ذلك التقديم ، وهو أن دراسة القانون تخدم شرع الله ، وهذا ما لا يعترينا أدنى شك فيه .

وهـذه الدراسة تمثل بداية المبتدئ لطالب الدراسات الفقهية في الشريعة والقـانون ، لأن الطالـب لا يدرس قانوناً بالمعنى المحدود للكلمة ، وإنما يدرس مـبادئ القـانون ، أو فقـه القـانون ، حتى يكون ما يدرسه ملائماً لكل فروعه وأنواعه وأبوابه في كل عصر ، وقد حرصت على أن تكون مستوعبة – وشاملة لكافـة المستجدات التشريعية المعاصرة ، وهذا ما يجعلها – من وجهة نظرنا – متمـيزة عما يناظرها من الكتابات التي تعالج هذا الموضوع ، ولذلك سميتها : " **أصول القواعد القانونية ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي** " ، ولأن القصد منها ليس مجرد السرد الفقهى للمسائل التى تشكل بناء الموضوع ، بل إظهار ما

في التشريع الإسلامي من المبادئ التنظيمية التى تستند إلى أصولها الشرعية وتشتمل – في نفس الوقت – على السمات التى تجعلها ملائمة للتطبيق في هذا العصر ، وما يليه من العصور إلى يوم الدين ، بما يفوق القوانين الوضعية في استيعاب المستجدات ، ومواجهة ما يفرضه فقه النوازل من حاجات .

أدعو الله تعالى أن يجعلها مفيدة ومحققة للغرض الذي ألفت من أجله، وأن يجعل مسارها في خدمة دينه الحنيف، حتى تكون لبنة فكرية متواضعة في خدمة الحق الذي شرعه، والعدل الذي فرض علينا الخضوع لحكمه، هذا وبالله التوفيق..

تحريراً في ٢٠٠٣/٨/٨

دكتـــــور
عبد اللـه مبروك النجار
أستاذ القانون المدني بجامعة الأزهر
عضو مجمع البحوث الإسلامية
محام بالنقض

تمهيد

تنوع الروابط الاجتماعية

الإنسان كائن اجتماعى بطبعه ، فهو لا يمكن أن يعيش منعزلاً عن غيره، لأن الإنسان المنفرد لا وجود له إلا فى الفروض الفلسفية البعيدة عن الحقيقة والواقع ، وإلا فإنهما ينطقان بوضوح أن الإنسان يولد فى المجتمع ولا يعيش إلا فيه ، وبمقتضى تلك الطبيعة الاجتماعية في الإنسان ، تعددت روابطه ، وكثرت علاقاته ، فكانت الروابط الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والعامة وغيرها ، وأدى ذلك إلى ضرورة وجود القواعد القانونية التى تنظم تلك الروابط بما يقيم توازناً عادلاً بين الحقوق والواجبات .

والإنسان فى علاقته بغيره لا يمكن أن يتصرف وفق ما يمليه عليه هواه وصالحه ، بل يجب عليه أن يكون ملتزماً بقيود المجتمع ، تلك التى تحد من الحرية الطبيعية للإنسان، فالحياة فى المجتمع توجب على كل فرد أن يقيد من حريته لصالح الآخرين ، إذا أراد من هؤلاء احتراماً لمصالحه ، فهناك – إذن – قيود اجتماعية ترد على السلوك الإنسانى وواجبات تفرضها الحياة فى الجماعة، وبعض تلك القيود تفرضها قواعد المجاملات، والآداب العامة، وقواعد الأخلاق ، فتلك القواعد تفرض على الإنسان أن يأتى على نفسه ويمد يده للآخرين بالعون والمساعدة إذا كان قادراً ، وهو إذا قصر فى ذلك لا يكون بمقدور أحد أن يجبره عليه بالقوة ، وكل ما هنالك أن يتعرض لتأنيب الضمير، إن كان من ذوى الضمائر الحية ، أو احتقار الناس له وسخطهم عليه ، إن كان في مجتمع يغار على الفضائل .

لكن هناك طائفة أخرى من القيود الاجتماعية تبدو أقوى من مجرد الواجبات الخلقية والمجاملات، ذلك أن هذه الواجبات لا تكفى لتنظيم الحياة فى

المجتمع، بل يجب أن يوجد إلى جانبها واجبات أشد تكون مشفوعة بوسيلة من الوســائل التــي تجبر الفرد على احترامها ، وهذه هي الواجبات القانونية التى تفرضــها قواعــد القانون، فمثلاً إذا قصر الشخص فى أداء حق واجب الأداء عليه، فإنه يجبر على ذلك الأداء بقوة القانون قضاء عن طريق التنفيذ الجبري علــى أموالــه، وإذا خــرج إنسان على نظام المجتمع فارتكب جريمة تعرض للعقــاب، وبــدون تلــك القواعد الأخيرة – أى القواعد القانونية – لا يمكن أن يســتقر حــال المجــتمع ، ولهــذا – أيضاً – قيل: يوجد القانون حيثما يوجد المجتمع[١].

ومــن المعروف أنه في حالة اجتماع الناس مع بعضهم فى وطن واحد ، تنشــأ بينهم علاقات وروابط متضاربة، وتتزاحم مصالحهم وحرياتهم، ومن ثم فإنه لا يمكن ترك هذا التضارب بينهم دون تنظيم فلو ترك الناس وشأنهم لعمت الفوضى بينهم، لأن كل فرد يريد أن يحقق مطامعه ورغباته حتي ولو كان ذلك على حساب غيره ، لذلك مست الحاجة فى المجتمع إلى تنظيم سلوك الأفراد عن طــريق ســن القواعــد القانونية التى تتولى هذا التنظيم [٢] ، ويبقى أن نعرف بمضــمون تلك القواعد القانونية ، إعداد وتطبيقاً مع الموازنة بين التشريعين الإسلامي والوضعى في هذا المجال ، وهو ماتهدف إليه هذه الدراسة .

---

(١) د. عــبد المــنعم البــدراوى – المدخل للعلوم القانونية – ص ١٣ – دار النهضة العربية – بيروت – سنة ١٩٦٦.

(٢) د. جمال الدين طه العاقل – دروس فى نظرية القانون – ص ١٨ – طبعة ١٩٩٠م.

الباب الأول

التعريف بالقانون وخصائصه وتفريده

وما يقابله في التشريع الإسلامي

الفصل الأول

التعريف بالقانون وخصائصه

المبحث الأول

التعريف بالقانون

تطلـــق كلمة القانون فى اللغة ، ويراد بها القاعدة المضطردة باستمرار وفقـــاً لـــنظام معين ثابت ، وفى هذا الإطار نجد أن لكل شئ قانوناً، فللجاذبية قـــانون ، وللطفـــو فوق سطح الماء قانون يحكمه ، بل أن للأخلاق قانوناً هو الخير ، وللعدالة قانوناً هو الحكم بالقسط بين الناس بالحق (١).

وفـــى اصطلاح فقهاء القانون يعّرف بأنه : مجموعة القواعد التى تنظم الـــروابط الاجتماعـــية التى يجبر الفرد على اتباعها بالقوة عند الاقتضاء (٢) ، والقـــانون بهذا المعنى يطلق على كل القواعد الملزمة التى تنظم سلوك الأفراد فـــى المجتمع أياً كان مصدرها ، أى سواء كان مصدرها هو الدين ، أو السلطة التشريعية العادية ، أو عرف الناس، والقانون يجب أن يقوم على العدل ، وأن يتوخى كفالة حقوق الأفراد ومصالحهم الخاصة وتحقيق خير المجتمع كله(٣).

---

(١) فى هذا المعنى: د. عبد الرازق حسن فرج – المدخل لدراسة القانون – ص ٣ – مطبعة الفجر الجديد.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ١٣، د. عبد الـــرازق فـــرج – السابـــق ، د. عبد الحى حجازى – ص ٢٤، د. حسن كيرة – المدخل إلى القانون – ص ٦٥.

(٣) د. عبد الرازق فرج – ص ٤.

المعاني المختلفة للفظ القانون :

وإذا كان لفظ القانون يستعمل فى هذا المعنى العام ، ليدل على مجموعة القواعـد القانونـية الـتى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع من خلال مجموعة القواعـد القانونية التى تحكم الروابط الاجتماعية فى جملتها، والتي من أجلها يسمى : القانون الوضعي ، أو علم القانون أو كلية القانون[1].

إلا أن لفظ القانون قد يستعمل ، للدلالة على فرع معين من فروع القانون الوضعى ، فيقال : القانون المدنى ، والقانون التجارى ، والقانون الدولى العام، ويقصـد به عندئذ مجموعة القواعد التى تنظم ناحية معينة من نواحى النشاط الإنسانى فى المجتمع كالنشاط المدنى ، أو التجارى أو الدولي[2] أو غيره .

وقد يستعمل لفظ القانون ، ويقصد به : التقنين ، أى مجموعة المواد أو النصوص الخاصة بفرع معين من فروع القانون ، فيقال : تنص المادة الأولى مـن القانون المدنى على كذا، ويراد بالقانون هنا : مجموعة القانون المدنى ، أو قانون العقوبات إذا كانت المادة المستدل بها من موارده .

وقـد يـراد باللفظ : التشريع الصادر من السلطة التشريعية ، فيقال: القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤، أى القانون الذى يحمل هذا الرقم ، أو القانون رقـم ١ لسـنة ٢٠٠٠ ، ويقـال أيضـاً، قانون تطوير الأزهر وقانون تنظيم الجامعات، وقانون الشهر العقاري، وهكذا، والتشريع هنا أخص من القانون فى معـناه الأول ، إذ التشريع ليس سوى مصدر واحد من مصادر القانون ، تقوم إلى جانبه مصادر أخرى تساهم فى خلق القواعد القانونية ، بينما القانون بهذا المعنى شامل لجملة أنواع منه .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٧.

(٢) المرجع نفسه.

القاعدة القانونية في التشريع الإسلامي :

وفـــي التشريع الإسلامى : يقابل القاعدة القانونية التى تجسد خطاب المشـــرع الوضـــعى الموجـــه للأفـــراد بقصد تنظيم سلوكهم الظاهر : القاعدة الشرعية ، أو ما اصطلح علّى معرفته بالحكم الشرعى .

والحكـــم الشـــرعى هو وصف الله – تعالى – للأفعال والأشياء بما يجعل الفعل المتعلق بها مطلوباً أو ممنوعاً ، وإذا كان مطلوباً فإن الخطاب المتعلق به يتواءم مع درجة أهميته في تحقيق ما هو مطلوب شرعاً ، بحيث يتفاوت الطلب يسراً وشدة بحسبها ، وهو لهذا قد يكون واجباً ، وقد يكون مندوباً أو مستحباً، والأول يكون الطلب فيه شديداً بحيث يثاب فاعله ، ويعاقب تاركه ، بينما الثانى يكون الطلب فيه يسيراً فيثاب فاعله ، ولا يعاقب تاركه ، وإن كان عدم عقابه لا يحـــرر ربقته من وطأة المذمة التى تلحقه بسبب تركه سنة النبى – صلى الله علـــيه وسلم – ولذلك ، فإنه وإن كان لا يعاقب على ترك السنة أو المستحب ، إلا أنه لا يسلم من الذم بسبب ذلك .

وإذا كان الفعل ممنوعاً ، فإن الخطاب المتعلق به يكون كالمتعلق بسابقه . مـــتردداً بين اليسر والتشديد ، فإن كان طلب المنع شديداً كالحرام ، فإن فاعله يعاقب على فعله ويثاب على تركه ، وإن كان طلب المنع يسيراً كالمكروه ، فإن المكلـــف يـــثاب على تركه ، ولا يعاقب على فعله ، وإن كان لا يسلم من مذمة فعل ما طلب الشارع تركه إجمالاً .

وإن كـــان مـــتردداً بين طلب الترك والفعل ، فإنه يكون مباحاً ، ويكون المكلف فيه بالخيار ما بين فعله أو تركه بدرجة لا ترجح كلا من الجانبين على الآخر .

وما سبق إنما يشير إجمالاً إلى تقسيم الوصف الشرعى للأفعال والأشياء من جهة التكليف بها ، وهناك تقسيم آخر لذلك الفعل ، باعتبار الوضع ، أي وضع أحكام ليترتب عليها أحكام شرعية أخرى ، وذلك على نحو ما سنبينه فيما يلى :

أولاً : تعريف الحكم الشرعى :

الحكم الشرعى : كلمة تأتلف من لفظين ، أولهما : كلمة (حكم) أو الحكم معرفاً بالألف واللام ، وثانيهما : الشرعى ، وهو نعت للفظ الأول ووصف له .

والحكم في اللغة : هو القضاء بالعدل ومنع الظلم [1]. وفي اصطلاح الفقهاء يعرف بأنه : اثبات أمر لأمر أو نفيه عنه ، وهو قد يتعدد بتعدد ما يضاف إليه ، ولذلك فإنه قد يكون حكماً حسياً مثل : الشمس طالعة ، وقد يكون حكماً لغوياً مثل : الفاعل مرفوع والمفعول منصوب ، وقد يكون حكماً عقلياً مثل : الأبن أصغر من الأب ، وقد يكون حكماً طبياً : مثل الأسبرين مفيد لتسكين الألم ، وقد يكون حكماً هندسياً مثل : البناء الهرمى أقوى من البناء المستطيل ، وقد يكون حكماً شرعياً ، مثل : الصلاة واجبة ، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق حرام ، والزنا حرام ، والنكاح سنة ، وطلب العلم بما يتعين على الإنسان فعله واجب ، وهذا النوع هو المقصود بالنعت ، ولما كان الحكم متعدداً بتعدد ما يضاف إليه ، اقتضى ذلك أن يضاف إلى ما يخصصه ويخرجه عن عموم تلك الإضافات ليكون قصراً على ما يراد هنا وهو الحكم الشرعى لا غيره ، وبالنص عليه خرج ما عداه من الأحكام .

---

(١) القاموس المحيط – جـ ٤ – ص ٩٩ – طبعة الحلبى الثانية ، لسان العرب – جـ ١٢ – ص ١٤١ – دار صادر بيروت .

الحكم الشرعى في اصطلاح الفقهاء :

والحكم الشرعى في اصطلاح الفقهاء هو الأثر الناشيء عن خطاب الشارع ، لأن الحكم يثبت بخطاب الشارع ، ولهذا قال التفتازاتى: الحكم في اصطلاح الفقهاء حقيقة ما يثبت بخطاب الشارع من الوجوب والحرمة ونحوهما[١]، وذلك كوجوب الصلاة ، فإنه أثر لقوله تعالى : " وأقيموا الصلاة[٢]"، ووجوب الزكاة ، فإنه أثر لقوله تعالى : " وأقيموا الزكاة [٣]" ، والوفاء بالعقود ، فإنه أثر لقوله تعالى: " يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود [٤]" ، وحرمة الزنا ، أثر لقوله تعالى : " لا تقربوا الزنا [٥]" ، واعتبار الزوال سبباً لوجوب الصلاة ، أثر لقوله تعالى : " أقم الصلاة لدلوك الشمس [٦]" ، ومن ثم كان الحكم عند الفقهاء أثر لخطاب الشارع ، وليس على ذات الخطاب كما يقول الأصوليون .

ولعل مرد اختلاف الفقهاء مع الأصوليين في تعريف الحكم الشرعى ، إلى أن له اعتبارين ، أولهما : من حيث مصدره ، وهو الله سبحانه ، وثانيهما من حيث متعلقه وهو فعل المكلف ، وقد نظر الأصوليون إلى اعتبار الأول وعرفوه على ضوئه ، بينما نظر الفقهاء إلى اعتبار الثانى وهو أن له محلاً يتعلق به ، وهي أفعال المكلفين فعرفوه على ضوئها ، وكلا الفريقين على حظ من الصواب لأن لكل منهما اصطلاحاً خاصاً به ولا مشاحة في الاصطلاحات ، أما من الناحية العملية فلا أثر لهذا الاختلاف الاصطلاحى بينهم [٧].

---

(١) التلويح على التوضيح – جـ ١ – ص ١٥ – طبعة الحلبى .

(٢) سورة البقرة – من الآية – ٤٣ .

(٣) سورة البقرة – من الآية – ٤٣ .

(٤) سورة المائدة – من الآية – ١ .

(٥) سورة الإسراء – من الآية ٣٢ .

(٦) سورة الإسراء – من الآية – ٧٨ .

(٧) الشيخ محمد الخضرى – أصول الفقه – ص ٢١ – دار إحياء التراث العربي ببيروت سنة ١٩٦٩ .

تعريف الحكم الشرعي في اصطلاح الأصوليين :

تعـددت تعريفات الحكم الشرعى عند الأصوليين ، وأرجح تلك التعريفات مـا ذكره الشوكانى وجمهور الأصوليين من أنه : " خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً "(١) .

شرح تعريف الحكم الشرعى عند الأصوليين :

الخطـاب : هو الكلام الموجه للغير بقصد الافهام حالاً إن كان المخاطب موجوداً ، أو مآلا على فرض تقدير وجوده في المستقبل ، ولا مانع من ذلك ، إذ لا يعـد سفهاً طلب الفعل من المعدوم على تقدير وجوده ، وإنما السفه هو طلب الفعل من المعدوم حالاً ، لأن الخطاب سيكون موجهاً إلى لا شيىء ، وهو سفه وخبل وجنون ، أما الخطاب الموجه على من سيوجد على تقدير وجوده ، فإنـه يمـثل الشأن الغالب في معظم النظم التى تعد لتطبق على المستقبل ، ولا يجوز أن تطبق على الماضى ولما كان توجيه الخطاب يشمل خطاب الله وخطاب غـيره من الإنس والجن والملائكة والمخلوقات الأخرى كالطير والنمل والهوام في الأرض والماء ، أضيف الخطاب إلى الله تعالى لتكون تلك الإضافة مخصصة له ، وليكون المقصود به قصراً على خطابه – سبحانه – فلا يكون لخطاب ما سواه قصد هنا ، ويكون اللفظ الكريم قيداً لمعناه ومخرجاً لما سواه .

والمراد بخطاب الله : كـلامه المباشـر ، كالقرآن الكـريم ، أو غير المباشـر ، كالسنة والإجماع والقياس ، وغير ذلك من أدلة الأحكام الشرعية ، فهـى بالتحقـيق والنظر ترجع إلى كلامه سبحانه ، أما السنة ، فلأنه – عليه الصـلاة والسلام – لا ينطق عن الهوى ، وصدق الله العظيم حين قال : " وما

---

(١) الآمـدى – الإحكـام فـي أصول الأحكام – جـ ١ – ص ٨٤ – دار الكتب العلمية ببيروت إرشاد الفحول للشـوكانى – جـ ١ – ص ٥ ، دار المعـرفة بيـروت ، د. حسين حامد حسان – الحكم الشرعى عند الأصوليين – ص ٢٧ – دار النهضة العربية سنة ١٩٧٢ .

ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى [1]" ، وأما الإجماع ، فلأنه لابد له من مستند شرعي يرجع إلى الكتاب أو السنة أو غيرهما من الأدلة الشرعية الأخرى ، وأما القياس، فلأنه مظهر للحكم الشرعي ، وكاشف له ، وليس بمثبت ، إنما المثبت للحكم هو دليل المقيس عليه من الكتاب أو السنة أو الإجماع ، فالأحكام المأخوذة من تلك الأدلة ثابتة بالخطاب ، كما لو كانت مأخوذة من القرآن سواء بسواء .

ولهذا لايتوهم أن يكون الحكم في اصطلاح الأصوليين خاصاً بالنصوص لأنها خطاب الشارع وحدها ، وأن الحكم لا يشمل غيرها كالاجماع والقياس والاستحسان وأدلة الأحكام الشرعية الأخرى ، لأن سائر الأدلة الشرعية غير النصوص ترجع – عند التمحيص – إلى النصوص ، فهي خطاب من الشارع ، لكنه خطاب غير مباشر .

ولما كان خطاب الله قد يتعلق بأفعال المكلفين ، وقد يتعلق بغير أفعالهما من النوايا والخواطر ، أو حركة الكون والنجوم وتسبيح الطير والشجر والجبال والبحار ، وكان المقصود في توجيه خطاب الله تعالى إلى المكلفين ، باعتبار أنهم المعنيون بالخلافة في الأرض والمبتلون بحمل الأمانة من دون كافة المخلوقات ، جعل أفعالهم هي متعلق خطابه، وكانت عبارة (المتعلق بأفعال المكلفين) قيداً ثانياً في التعريف لتخصيص مناط خطاب الله بفعل المكلفين دون سواه ، والفعل هو الحركة البدنية المقصودة للفاعل ، ومن ثم وجب أن يتوافر فيه ركنان هما : الركن المادى المتمثل في الحركات والسكنات التى يأتيها الإنسان ببدنه في إطار قدرته وما حباه الله من إرادة يستطيع بها أن يسيطر على حركات هذا البدن ، والركن المعنوى : المتمثل في القصد المقترن بتلك الأفعال المادية ، بحيث تكون مقصورة له ومحسوبة عليه، فإذا لم يكن ثمة فعل

(١) سورة النجم – الآيتان ٣ – ٤ .

متعلق بحركات البدن ، بأن كان الأمر أمر قصد ونية ، فإنه يكون أمراً تعبدياً مرده إلى الله سبحانه ، لأنه هو الذى يعلم السر وأخفى ، وإن كان ثمة فعل صادر من البدن لكنه قد صدر عن غير قصد ، أو دون إرادة كما لو صدر من صغير لا يميز أو مجنون لا يفيق أو معتوه لا يدرك ، فإنه لا يتعلق به حكم ، ويكون الجزاء عنه عفواً من الله سبحانه .

والمراد بتعلق خطاب - الله تعالى - بفعل المكلف ، أن يرتبط به على نحو يبين صفة الفعل من جهة كونه مطلوباً أو غير مطلوب .

وليس المراد بالفعل ، ما يتبادر معناه إلى الذهن من إطلاقه على ما يقابل القول والاعتقاد ، وإنما المراد به ما يعم عمل القلب واللسان والجوارح ، فالحكم شامل لكل ما يصدر عن المكلف من قول أو فعل أو اعتقاد .

والمكلفون : جمع مكلف ، وهو الإنسان البالغ العاقل ، الذى لا يعترى تكليفه حائل ، ومن ثم لا يعد حكماً الخطاب المتعلق بالجماد والحيوان ، كقوله تعالى : " يا جبال أوبى معه والطير ، وألنا له الحديد"[1]، وكقوله تعالى :" قلنا يا نار كونى برداً وسلاماً على إبراهيم"[2] ، وقوله تعالى : " وقيل يا أرض ابلعى ماءك ويا سماء أقلعى وغيض الماء وقضى الأمر واستوت على الجودى وقيل بعداً للقوم الظالمين [3]" ، وقوله تعالى : " وأوحى ربك إلى النحل أن اتخذى من الجبال بيوتاً ومن الشجر ومما يعرشون ، ثم كلى من الثمرات فاسلكى سبل ربك ذللاً يخرج من بطونها شراب مختلف ألوانه فيه شفاء للناس[4]" ، وكذلك الخطاب المتعلق بفعل الصبى ، وأما الخطاب المتعلق بصلاته وصومه ونحوهما ، فإنه ليس متوجهاً له ، بل إلى وليه ليقوم بتربيته

---

(١) سورة سبأ - من الآية ١٠ .

(٢) سورة الأنبياء - الآية ٦٩.

(٣) سورة هود - الآية ٤٤ .

(٤) سورة النحل - الآيتان ٦٨ ، ٦٩ .

علـــى نحـــو سليم يألف به تلك العبادات عندما يصير مكلفاً ، وقد سن الشارع مســـئولية الأولياء على هذا النحو ، خروجاً على ما قرره في شرعه من أنه لا تحمـــل كـــل نفـــس إلا عليها ، ولا تزر وازرة وزر أخرى ، وذلك عملاً بقوله تعالى: " ولا تزر وازرة وزر أخرى [١]" ، وقوله سبحانه : " ألا تزر وازرة وزر أخـــرى ، وأن لـــيس للانسان إلا ما سعى ، وان سعيه سوف يرى ، ثم يجزاه الجـــزاء الأوفـــى [٢]" ، وقوله تعالى : " لها ما كسبت وعليها ما أكتسبت [٣]" ، حيث أفادت تلك الآيات الكريمة وغيرها من الأدلة الشرعية التى تؤكد معناها ، أن المســـئولية شخصـــية ، وأن الانسان لايجوز أن يجازي على غير ما صدر مـــنه، ومن ثم تكون المسئولية المتعلقة بالصغار والذين لم يبلغوا الحلم بعـــد من الأمـــور الزائدة عن نطاق المسئولية الذاتية للمكلف عن أفعاله الشخصيـــة وليس أفعال غيره .

وقـــد جرى هذا الاستثناء في أدلة شرعية كثيرة تدل على أنه موجود ، وقـــائم، وذلـــك حـــتى لا يضـــيع الصغير ، ولا يجد اليد التى تتولى وضعه في مشارف حياته الأولى على الطريق الصحيح ، وإذا كان الله قد حافظ على بقاء الـــنوع بالـــنكاح ، فإنـــه قد حافظ على صلاحه وحمايته من الانحراف والفساد بـــتقرير مسئولية الآباء والأولياء عنهم ، حتى تكون تلك الولاية عاصماً لهـــم من الفساد ، ومن تلك الأدلة قوله تعالى: " وأمر أهلك بالصلاة وأصطبـــر عليها لا نســـألك رزقـــاً نحن نرزقك والعاقبة للتقوى[٤]"، وقوله تعالى :"يا أيها الذين آمـــنوا قـــوا أنفسكم وأهليكم ناراً وقودها الناس والحجارة[٥]"، ومن السنة بما

---

(١) سورة الإسراء – الآية ١٥ ، وسورة فاطر – الآية ١٨ ، وسورة الزمر – الآية ٧ .

(٢) سورة النجم – الآيتات ٣٨ – ٤١ .

(٣) سورة البقرة – من الآية ٢٨٦.

(٤) سورة طه – من الآية ١٣٢ .

(٥) سورة التحريم – من الآية ٦ .

روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين ، وأضربوهم عليها وهم أبناء عشر ، وفرقوا بينهم في المضاجع [١]" ، ومنها ما روى عن ابن عمر – رضى الله عنهما – قال : سمعت النبى – صلى الله عليه وسلم – يقول: " كلكم راع ، وكلكم مسئول عن رعيته ، الإمام راع في أهله ومسئول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها ، والخادم راع في مال سيده ومسئول عن رعيته ، فكلكم راع ومسئول عن رعيته [٢]" ، فهذه الأدلة الشرعية الصحيحة ، تفيد بوضوح أن المسئولية عن الأبناء قائمة ، وبمقتضاها فإن الأولياء يتحملون وزرها أمام الله عز وجل ، إضافة إلى أوزار أنفسم وذلك خروجاً على المبدأ العام الذى يقرر ذاتية المسئولية .

ومن مظاهر عدل الله المطلق ، ورحمته التامة بخلقه ، ودقة تشريعه العظيم التى تقطع بأنه لا يمكن إلا أن يكون تشريعاً إلاهيا معصوماً بلغ غاية السمو والرفعة ، أنه سبحانه لم يشأ – وقد جعل أمر تلك المسئولية على هذا النحو – أن يترك أولئك الذين يتحملون وزرها من الآباء والأولياء دون عائد يذكر ، فجعل لهم نصيباً من الجزاء يتفق في طبيعته مع طبيعة المسئولية عنهم قبل أن يبلغوا الحلم، وقد تقرر هذا الجزاء بالكتاب والسنة ، أما الكتاب فبقوله تعالى: " والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بإيمان ألحقنا بهم ذريتهم وما ألتناهم من عملهم شيىء ، كل امرئ بما كسب رهين "[٣] ، وأما السنة فبما روى عن أبي هريرة – رضى الله عنه – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " إذا مات الانسان انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ،

---

(١) النووى – رياض الصالحين – ص ١٤٩ .

(٢) المرجع نفسه – ص ١٤٩ .

(٣) سورة الطور – آية ٢١ .

أو ولد صالح يدعو له [1]" ، حيث أفادت الآية الكريمة : أن ما يقدمه الآباء من أجل صلاح أبنائهم لن يضيع سدى ، وهم لن يخسروا ثمرة هذا العمل بسبب ما بذلوه من جهد في سبيل ذلك ، حيث لن ينقصوا مما قدموه شيئاً ، وبهذا يستفيدون من عملهم الزائد ، كما يستفيدون من صلاح أبنائهم ، لأنهم الامتداد المنتظر لحياتهم ، وهم أبعاضهم التى يحكم الناس عليهم من خلالها ، كما أنهم الآثار الباقية لهم ، فإن كانت خيراً سيحمدون عليه ، وستجلب لهم الدعاء بالرحمة ، وإن كانت غير ذلك فستكون الأخرى ، أما الحديث الشريف ، فقد أفاد بأن الانسان يستفيد بما يقدمه من الخير الذى يمتد أثره بعد موته ، فيعود عليه ذلك الأثر ثواباً يجزى به وهو بين يدى ربه دون أن يكون قد قدم لحصوله عملاً ذاتياً ، لأنه بالموت فقد القدرة على الحركة والحياة ، وخرجت ذمته عن أن تكون صالحة لاكتساب ما ينفعه ، لكن الله – تعالى – قد شاء بتقديره الحكيم ، وحكمه العادل ، أن يجعل له نصيباً مما لم يكتسبه ، ليكون عوضاً يكافئ القدر الزائد الذى سبق أن تحمله عن أطفاله الصغار قبل أن يبلغوا الحلم ، فتبارك الله أحكم المشرعين .

(١) تعلق خطاب الشارع على سبيل الطلب :

وخطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين ، إنما يتعلق بها على سبيل الاقتضاء ، وهو الطلب إتياناً أوكفاً ، وطلب الإتيان قد يكون جازماً ، كقول الله تعالى :"فآمنوا بالله ورسوله والنور الذي أنزلنا [2]"، وقوله تعالى : " فأقيموا الصلاة وأتوا الزكاة ، واعتصموا بالله هو مولاكم "[3] ، وقد يكون الطلب غير جازم وهو الندب ، كما في قوله تعالى :"يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى

---

(١) شرح السنة للبغوى – جـ ١ – ص ٢٩٥ – طبعة مجمع البحوث الإسلامية .

(٢) سورة التغابن – من الآية ٨ .

(٣) سورة الحج – من الآية ٧٨ .

أجـــل مسمى فاكتبوه[1]"، وأما طلب الكف فقد يكون هو الآخر جازماً ، كما في قول الله تعالى : "ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق [2]"، وقوله تعالى : " ولا تقــربوا الــزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً [3] ، وقوله تعالى : " يا أيها الذيـــن آمـــنوا لاتـــأكلوا أموالكـــم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض مـــنكم[4]" ، وقـــد يكون غير جازم وهو الكراهة ، مثل قوله – صلى الله عليه وسلم – " لا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه [5]"، ومن ثـــم فإنه إذا لم يكن الطلب متعلقاً بأفعال المكلفين ، بأن كـــان خبـــراً محضاً لا يقصـــد به الإنشاء أو الطلب ، فإنه لا يعد حكماً متعلقاً بأفعـــال المكلفين ، وإن كـــان مكوناً لمدلـــول ما يجب الإيمان به واعتقاده ، وذلك ينافي قـــوله تعالى : " والله خلقكـــم وما تعملـــون[6]" .

(٢) تعلق خطاب الشارع على سبيل التخيير :

وأمـــا التخيـــير ، فإنـــه إباحة الفعل أو الترك للمكلف دون ترجيح لأحد الجانبين على الآخر ؛ وذلك كقوله تعالى : " وإذا حللتم فاصطادوا[7] " ، فالصيد مـــباح يجوز للمكلف أن يفعله وأن لا يفعله ، وذلك دون ترجيح لأحد الجانبين على الآخر ، وذلك لأن الاصطياد كان محظوراً قبل التحلل من الإحرام ، ثم أبيح بعده بالخطاب المفيد للطلب الآمر ، والأمر بعد الحظر يفيد الإباحة .

---

(١) سورة البقرة – من الآية ٢٨٢.

(٢) سورة الأنعام – من الآية ١٥١ .

(٣) سورة الإسراء – الآية ٣٢ .

(٤) سورة النساء – من الآية ٢٩ .

(٥) عـــون المعـــبود للآبادى – جـ ٦ – ص ٩٤ – دار الفكر سنة ١٩٧٩م ، تحفة الأحوذى للمبار كفورى – جـ ٤ – ص ٢٨٤ – الطبعة الثانية سنة ١٩٨٧ ، مكتبة ابن تيمية بالقاهرة .

(٦) سورة الصافات – آية ٩٦ .

(٧) سورة المائدة – من الآية ٢ .

(٣) تعلق خطاب الشارع على سبيل الوضع :

والمراد بخطاب الوضع ما يفيد جعل الشارع شيئاً سبباً لشيىء أو شرطاً له ، أو مانعاً منه ، أو علامة تدل عليه .

ومـــن خطاب الوضع الذي يفيد السبب قوله تعالى : " أقم الصلاة لدلوك الشـــمس إلـــى غســـق الليل " ، حيث جعل دلوك الشمس سبباً لإقامة الصلاة ، وحديث النبى – صلى الله عليه وسلم – الذى رواه عنه جابر بن عبد الله ، أن النـــبى – صـــلى الله عليه وسلم – جاءه جبريل عليه السلام ، فقال له : " قم فصله ، فصلى الظهر حين زالت الشمس ، ثم جاءه العصر ، فقال : قم فصله ، فصـــلى العصـــر حين صار ظل كل شيىء مثله ، ثم جاءه المغرب ، فقال : قم فصـــله ، فصـــلى المغـــرب حين وجبت الشمس ، ثم جاءه العشاء ، فقال : قم فصله ، فصلى العشاء حين غاب الشفق ، ثم جاءه الفجر حين برق الفجر ، أو قال : سطع الفجر ، فقال : قم فصله ، فصلاه ، ثم قال : ما بين هذين الوقتين وقت(١) " ، فقد وضع الله الوقت لكل صلاة ، وجعل دخوله سبباً تشغل به الذمة .

ومـــن ذلك قوله تعالى : " فمن شهد منكم الشهر فليصمه (٢) " ، وقوله – صـــلى الله عليه وسلم – : "صوموا لرؤيته وأفطر لرؤيته (٣) "، فقد جعل الوقت وهـــو شهود الشهر ، سبباً تشغل فيه الذمة بما طلبه الشارع وهو صيام شهر رمضان .

وأمـــا الذى يفيد الشرط فمنه قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برءوسكم وأرجلكم

---

(١) رواه أحمـــد والنســـائى والـــترمذى ، وقـــال البخارى هو أصح شيىء في المواقيت ، يعنى إمامة جبريل ، راجـــع: الـــتاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول – للشيخ منصور ناصف – جـــ ١ – ص ١٣١ ، وما بعدها – طبعة جريدة صوت الأزهر .

(٢) سورة البقرة – من الآية ١٨٥ .

(٣) سنن الترمذى – جـــ ٣ – ص ٦٣ ، طبعة الحلبى الثانية سنة ١٩٦٨م .

إلى الكعبين " [1]، حيث جعل الوضوء شرطاً لصحة الصلاة .

وما جعله الشارع مانعاً ، منه قوله – صلى الله عليه وسلم – : " لا يرث القاتل [2]" ، حيث جعل القتل مانعاً من الميراث .

وأما ما جعله الشارع علامة على الفعل فمنه الأذان ، إذ هو إعلام بدخول وقت الصلاة بألفاظ موضحة ويحصل به الدعاء إلى الجماعة ، وإظهار شعائر الإسلام .

وكما يبدو من بيان مشتملات الحكم الشرعى ومفرداته ، فإنه صالح منذ البداية لحكم الروابط والتصرفات التى تصدر من المكلفين على نحو يجعله قادراً على استيعابها وتقديم الوصف الشرعي الصحيح لها ، وذلك بصياغة لغوية تدل على دقة التوصيف الذى يصيب مقصود الشريعة ، فهى ما نزلت إلا لتضع للمكلفين حدوداً في تصرفاتهم القولية والفعلية والعقدية ، وذلك يكون جملة ما تحتويه الشريعة [3]، وإذا كان الإسلام يعنى التسليم المطلق والانقياد لله سبحانه، فإنه لهذا كان شريعة لكافة الأنبياء والرسل ، كما قال سبحانه : " ووصى بها إبراهيم بنيه ويعقوب يابنى إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون [4]" ، ومنه كذلك قوله تعالى : " فلما أحس عيسى منهم الكفر قال من أنصارى إلى الله ، قال الحواريون نحن أنصار الله ، آمنا بالله واشهد بأنا مسلمون [5]" .

لكن هذا المعنى العام تخصص بشريعة محمد – صلى الله عليه وسلم – حتى صار علماً عليها ، وفي هذا يقول الله تعالى : " ومن يبتغ غير الإسلام

---

(١) سورة المائدة – من الآية ٦ .

(٢) سبل السلام للصنعاني – جـ ٣ ص ٢١٦ – طبعة دار الكتاب العربى ببيروت .

(٣) في هذا المعنى : الموافقات للشاطبى – جـ١ – ص .

(٤) سورة البقرة – الآية ١٣٢ .

(٥) سورة آل عمران – الآية ٥٢ .

ديـــناً فلـــن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين[1]"، وقوله تعالى : " اليوم أكملـــت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا [2]" ، وعلى ضوء التعريف بالحكم الشرعى ، يمكن تعريف الشريعة الإسلامية بأنها :

.جملة الأحكام التى شرعها الله لعباده على يد خاتم أنبيائه محمد – صلى الله علـــيه وســـلم – ليبين ما يريده منهم في كافة شئون حياتهم، حتى يحققوا سعادة الدارين .

المبحث الثاني
خصائص القاعدة التنظيمية في الشريعة والقانون

المطلب الأول
خصائص القاعدة التنظيمية في القانون

ومـــن خـــلال التعريف بالقواعد القانونية ؛ يتضح أنها عبارة عن قواعد تحكـــم ســـلوك الأفـــراد، وهـــذه القواعد تتميز بالعموم والتجريد، وهى قواعد اجتماعية، وقواعد ملزمة، أى تقترن بجزاء توقعه السلطة العامة فى المجتمع، لكـــى تضـــمن لهـــا الاحترام الواجب ولهذا تتميز القاعدة القانونية بالخصائص الآتية:

أولاً : أنها قاعدة عامة ومجردة :

تتمـــيز القـــاعدة القانونية أولاً بأنها عامة ومجردة، شأنها فى ذلك شأن بقـــية القواعـــد القانونية، ومعنى ذلك، أن القاعدة القانونية ليست موجهة إلى

---

(١) سورة آل عمران – الآية ٨٥ .

(٢) سورة المائدة – من الآية ٣ .

شــخص معين بالذات ولا تخص واقعة بعينها وذاتها ، بل هى تذكر الأوصاف الــتى يتعين بها الأشخاص المقصودون بخطابها، والشروط التى يلزم توافرها فــى الوقائع التى تنطبق عليها ، وكل شخص توافرت فيه هذه الصفات ، وكل واقعة جمعت هذه الشروط انطبقت عليها القاعدة القانونية(1).

ومــثال ذلك: القاعدة القانونية التى تقضى بأن سن الرشد فى مصر، هى إحــدى وعشــرون ســنة مــيلادية، فهذه قاعدة عامة بالنسبة إلى الأشخاص المخاطبيــن بحكمهــا ، وينصــرف حكمها على كل من يبلغ هذه السن، وهى موجهــة إلــى فــئة من الأفراد غير متناهية فى عددها ، ومعينة بأوصافها لا بذواتها (2).

وإذا كانت القاعدة القانونية عامة ومجردة من حيث الأشخاص المخاطبين بحكمهــا ، فإنهــا تتمــيز عن الأوامر أو القرارات الفردية الخاصة بفرد معين بذاتــه، وذلك كالقرار الإداري الصادر بتعيين موظف معين ، والعمل التشريعي الصــادر بمنح الجنسية إلى شخص معين بالذات، فهذا العمل التشريعي – رغم صدوره من السلطة التشريعية – إلا أنه لا يحمل صفة القاعدة القانونية ، لأنه يخــص شخصــاً معيناً بالذات، وكذلك الحكم الصادر من القضاء بإلزام شخص بعمــل معيــن(3) ، فهى تتعلق بشخص معين وتنتهي بمجرد تطبيقها أو تنفيذها بــالفعل، ولكــن القاعدة القانونية تبقى حتى بعد تطبيقها لتحكم حالات معينة لا يمكن حصرها سلفاً ومع ذلك، فإن تلك القواعد يمكن أن تكون قواعد عامة إذا وجهــت إلــى شخص معين بصفته لا بذاته ، إذ العبرة ليست بعدد من تتوجه إلــيهم القاعدة القانونية، بل بصفتهم ومن تلك القواعد التى تطبق على طائفة الموظفيــن أو المحاميــن ، أو القضاة أوأعضاء النيابة ، أو التجار ، ففى هذه

---

(1) د. عبد المنعم البدراوى– ص ١٨، د. عبد الرازق فرج – ص ٥، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١١.
(2) د. عبد الرازق فرج – السابق – ص ٦.
(3) د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٩.

الحـــالات وأمـــثالها تنطـــبق القـــاعدة القانونية على فئة معينة من الأشخاص بصفاتها وليس بذواتها .

وقـــد تـــتوجه القـــاعدة إلى شخص معين ، كتلك التى تنظم مركز رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الدولة ، أو رئيس محكمة النقض ، أو الأمين العام للأمـــم المتحدة ، ومع ذلك ، فإنها لا تتوجه إلى هؤلاء الأشخاص بذواتهم ، بل بصفاتهم ، أي أنها تتوجه إلى كل من يشغل المنصب سواء أكان فى الحاضر أم فى المستقبل(١).

وعمـــوم القاعدة القانونية لا يعنى أنها يجب أن توضع لزمن غير محدد، فهناك قواعد قانونية لا توضع إلا لتطبق مدة معينة ، كالقوانين الصادرة بإعلان الأحكـــام العرفـــية ، وما يصدر تطبيقاً لها ، فهى معدة للتطبيق فقط فى فترات معينة كفترة الحرب.

ومن ناحية أخرى فإن صفة العموم لا تستلزم أن تكون القاعدة القانونية واجبة التطبيق فى كل إقليم الدولة ، فقد يصح أن تنفرد أجزاء معينة من إقليم الدولـــة بنظام قانونى خاص ، وذلك فى حالات استثنائية يغلب أن تكون مؤقتة، وهـــذا مـــا حصـــل – مثلاً – بالنسبة لإقليم الإلزاس عند ضمه إلى فرنسا بعد الحـــرب العالمـــية الأولـــى ، فقد ترك له نظامه القانونى الخاص ، بل أن هذه الظاهـــرة موجـــودة فى الدول التعاهدية ، كالولايات المتحدة الأمريكية ، حيث احتفظت كل ولاية بسلطة التشريع فى مسائل القانون الخاص(٢).

أهمية عموم القاعدة القانونية وتجريدها:

ولا شـــك أن التجريد والعموم فى القاعدة القانونية ، يؤديان إلى تحقيق المســـاواة بيـــن أفراد المجتمع، تلك المساواة التى تقوم على أساس من العدل

---

(١) د. عبد الرازق فرج – ص ٦.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٢٠.

الـذي يؤخـذ فيه بالوضع الغالب بالنسبة لجميع الأشخـاص ، لا على أساس العدالـة الـتى ينظر فيها إلى ظروف كل شخص على حدة ، إذ تنطبق القاعدة على الأشخاص المتماثلين، والوقائع المتماثلة حكماً ، ويضطرد انطباقها فى كل مـرة على النسق الذى طبقت به من قبل ، كما أنه يبعد القانون عن أن يكون أداة للتعسف والتحكم[1].

ثانياً: القاعدة القانونية لا تحكم إلا السلوك الظاهر:

من المعلوم أن القانون يوجد بوجود المجتمع ، ومن ثم كان لازماً لتنظيم مـا ينشـأ بين أفراد هذا المجتمع من علاقات وروابط ، وهذه الروابط تستلزم قيام مظهر خارجي لسلوك الأفراد ، هذا السلوك الظاهر ، هو موضوع القاعدة القانونية وهدفها .

ومـن ثـم فـإن القانون ليس مطالباً بأن ينفذ إلى ما استقر فى النوايا والصـدور مـا دامـت هـذه النوايا لم تظهر إلى العالم الخارجي بأفعال مادية ظاهرة، أياً كانت الصورة التى تظهر بها هذه الأفعال .

أما ما يستقر فى الضمير ، وما يكمن فى النفس ، فلا شأن للقانون به ، وإن كـان ذلك يعنى بعض القواعد القانونية الأخرى ، كقواعد الدين ، وقواعد الأخـلاق ، فمثلاً مجرد التفكير فى ارتكاب جريمة والتصميم عليها، لا يقع شئ من ذلك تحت طائلة القانون ما دام أن ذلك التفكير لم يظهر فى الخارج بأعمال ماديـة ظاهرة تدل عليه ، أو ما دام أن الشخص لم يبدأ على الأقل فى تنفيذ ما عقد نيته عليه.

ومـع ذلـك ، فإنه إذا كان القانون لا يحكم إلا السلوك الظاهر ، فإنه إذا اتخذت النية شكلاً خارجياً ، أو تصرفاً ظاهرياً يمكن أن يدل عليها ، فإنها يمكن أن تكـون ذات تأثير فى تغيير وصف العقوبة إلى التشديد ، وذلك كما فى حالة

---

(١) د. عبد الرازق فرج – ص ٦.

القتل مع سبق الإصرار والترصد ، أو القتل بالسم، فإن طريقة القتل فى هاتين الحالتين ، تكشف عن وجود النية وتدل عليها ، ومن ثم ترتفع العقوبة إلى أقصى درجاتها فيحكم بالإعدام ، ومع ذلك فإن النية وحدها لا تكفى ، وإنما لا بد أن تقترن بسلوك ظاهري يدل عليها [١].

ثالثاً: القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية:

والغرض من القاعدة القانونية هو تنظيم العيش فى الجماعة ، فإذا لم توجد الجماعة فلا محل لوجود القانون ، لأن الإنسان اجتماعى بطبعه يولد فى مجتمع ولا يعيش إلا فيه ، وعن طريق تلك المعيشة المشتركة يكون من الضروري وجود القواعد القانونية التى تحمى حقوق الأفراد وتبين واجباتهم .

والقواعد القانونية لا توجد إلا فى مجتمع متطور ، تقوم على رأسه هيئة عليا ذات سيادة تقود زمامه ، وتفرض هذه القواعد قسراً ، ويكون لها إجبارهم على احترام أحكام القانون ، ولكن ليس معنى ذلك أنه يشترط لوجود القواعد القانونية وجود الدولة بالمعنى الحديث ، لأن تاريخ القانون يدل علي وجود قواعد قانونية في عهد القبيلة ، يتولى شيخها تطبيقها ، وكان للإقطاعيات قواعد قانونية يستبد الأمير بتطبيقها ، ولهذا كان القانون أسبق فى الوجود تاريخياً من وجود الدولة بمعناها الحديث .

ويترتب على كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية أن يختلف القانون من عصر إلى آخر ومن دولة إلى أخرى ، بل وقد يختلف فى البيئة الواحدة من عصر إلى عصر ، فهو يتطور بتطور المجتمع ، حتى يستجيب لحاجاته الجديدة، ويساير اتجاهاته المستحدثة، ومن أجل هذا نجد المشرع يتدخل من

---

(١) د. سليمان مرقس – فقرة ٩، د. عبد الرازق فرج – ص ٧، د. جميل الشرقاوى – ص ١٨ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٤ وما بعدها.

وقت إلى آخر ، فيعدل فى القانون أو يغير فيه بما يتلاءم مع الظروف الجديدة فى المجتمع [1].

رابعاً: القاعدة القانونية مقترنة بجزاء مادي:

ومما تتسم به القاعدة القانونية ، أنها ملزمة ، وأساس هذا الإلزام يتمثل فى اقترانها بجزاء مادي توقعه السلطة العامة على من يخالفها ، ومؤدى إلزام القاعدة القانونية بالجزاء ، أنه يجب على الأفراد أن يحترموا تلك القاعدة رغماً عـنهم ، فلا يكون لهم اختيار فى هذا الاحترام يجعل وجوده رهناً بمشيئتهم ، ولـولا وجود الجزاء فى القاعدة القانونية ما لقيت احتراماً من أحد ، فلم يوجد بعـد ذلـك الصنف من البشر الذى يحترم القانون حباً فيه ، أو عشقاً للمقاصد السـامية التى يدعو إليها ومنها إقامة العدل والانتصار للحق ، وإعلاء القيم ، والارتقـاء بـالآداب والمحافظـة على النظام العام ، فإن الأغراض الشخصية والمصـالح الذاتـية غالباً ما تطيح بكل تلك المعاني فينتصر الشح فى النهاية، ولـتعلو أنانية الفرد على مصالح ما سواه ، ولهذا كان الجزاء هو العاصم من ذلـك ، لأنه هو الذى يردع ، وهو الذى يجبر على الاحترام ، مع أن الأصل فى القانون أن يحترم لذاته وأن يكون تنفيذه نابعاً من حرية الأفراد واختيارهم .

المقصود بالجزاء ، ضرورته وخواصه :

الجـزاء – إذن – هـو النتـيجة، أو الأثر المترتب على مخالفة القاعدة القانونـية ، والغـرض منه هو الضغط على إرادة الأفراد حتى يمتثلوا لأوامر القـانون ونواهـيه ، واحتـياطاً يؤدى الجزاء – عند وقوع السلوك المخالف للقـانون – إلى إزالة الآثار المترتبة على هذا السلوك وإصلاحها والجزاء لازم لإقرار النظام داخل المجتمع ، وتلك هى وظيفته التى لا يمكن تحقيقها إذا تركنا لكل فرد الحرية فى الخضوع لقواعد القانون أو عدم الخضوع لها .

---

(١) د. عبد الرازق فرج – ص٩.

ويتميز الجزاء فى القاعدة القانونية بأنه حال غير مؤجل ، يطبق فى الحياة بمجرد وقوع المخالفة ، وبأنه مادي أو حسي ، أي أن له مظهراً خارجياً وليس مجرد جزاء معنوي ، ومن ناحية ثالثة ، فإن الجزاء فى القاعدة القانونية توقعه السلطة العامة .

وهو من هذه النواحي الثلاث يختلف عن الجزاء المترتب على مخالفة قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى ، كقواعد المجاملات أو مبادئ الأخلاق ، أو أحكام الدين ، ذلك لأن الإخلال بهذه الأخيرة يستتبع جزاء من نوع آخر ، ومن طبيعة أخرى ، لأن كثيراً من جزاءات الدين مؤجلة للآخرة ، ومبادئ الأخلاق لا يترتب على مخالفتها جزاء حسي مادي، بل جزاء معنوي ، هو استهجان المجتمع، وكذلك الأمر فيما يتعلق بقواعد المجاملات [1].

تطور الجزاء :

وقد شهد الجزاء تطوراً انتهى به فى المجتمعات الحديثة لأن يكون بيد الدولة، لأن الدولة بما تملك من سلطات، هى التى تكفل حماية القواعد القانونية وتستطيع مجازاة كل مخالف لها ، أما فى المجتمعات البدائية ، فقد كان الأمر متروكاً للفرد ، فهو الذى يقتضى حقه بيده ومعنى ذلك أن الأمر كان متروكاً للقوة ، فالأقوى كان هو صاحب الغلبة، وكثيراً ما كانت الأسرة أو العشيرة تعلن تضامنها مع الفرد ، وهو ما كان يؤدى إلى وقوع الحروب بين الأسر والعشائر والقبائل المختلفة .

وكان من المستطاع تفادى الانتقام من الخارج على القانون بالاتفاق على دية يدفعها مرتكب الفعل المخالف للقانون ، فإذا ارتضى دفعها ، وقبلها المعتدى عليه أو أسرته انتهى الأمر فى سلام ، وإلا كانت القوة هى البديل للحصول على الحق .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – مبادئ القانون – ص ١٩ – طبعة ١٩٧٢ – مكتبة وهبة.

ومـــع ازديـــاد قوة السلطة العامة وقوة الدولة أُلغى نظام الانتقام الفردى وألزمـــت الدولة المعتدى عليه بقبول الدية ، فأصبحت إجبارية تفرضها الدولة وتحـــدد قدرهـــا ثم انتقلت مهمة تنفيذ القانون وتوقيع الجزاء على من يخرج علـــيه، مـــن يد الفرد إلى يد الدولة ، فهى التى تعاقب مرتكبي الجرائم ، وهى التى تمكن صاحب الحق من الوصول إليه ومن رد الاعتداء عليه .

ولم يبق فى الوقت المعاصر من آثار حق الانتقام الفردي إلا الحالة التى لا تســتطيع فيها السلطات العامة أن تتدخل فى الوقت المناسب لرد الاعتداء ، وهـــى حالـــة الدفاع الشرعى ، أى رد الاعتداء غير المشروع على النفس أو العـــرض أو المـــال بـــالقوة المناســـبة ، فـــإذا هدد الإنسان فى تلك المصالح الضرورية بخطر محدق ، كان له الحق فى رد هذا الاعتداء بالقوة وذلك بالطبع أمـــر غريزي ، كما أنه لا ينطوي على خطورة بالنظام العام ، حيث يستحيل أن تتدخل الدولة لرد الاعتداء فى الوقت المناسب [1].

صور الجزاء :

وتتعدد صور الجزاء بتعدد فروع القاعدة القانونية التى تقع المخالفة لها، فهـــناك الجـــزاء الجـــنائى الـــذى يترتب على مخالفة القانون الجنائى ، وهى العقوبـــات بأنواعهـــا وهناك الجزاء المدنى ، وهى التى ينظمها القانون المدنى للخـــروج علـــى أحكامـــه ، وهناك الجزاءات الإدارية التى تترتب على مخالفة القـــانون الإداري ، كفصـــل الموظف، أو حرمانه من الترقية مثلاً ، أو توقيع عقوبة اللوم والإنذار أو الخصم من مرتبه، ويحسن بيان ذلك :

(١) الجزاء الجنائي :

يعتـــبر الجـــزاء الجنائي من أشد صور الجزاء ، وهو ما يرتبه القانون كنتـــيجة يتعرض لها من يرتكب فعلاً من الأفعال التى يحرمها ، أو هو العقوبة

---

(١) المرجع نفسه – ص ٢١.

المقـررة للجـرائم المخـتلفة ، والجريمة فعل غير مشروع يمثل اعتداء على الـنظام فى المجتمع ، ولو كانت فى نفس الوقت تكون اعتداء على حق خاص ولهـذا ، فإن الجريمة لا تقاس بمقتضى الحق المعتدى عليه وقيمته ، بل بقدر ما تنطوي عليه من إخلال بنظام المجتمع[1].

وظيفة العقوبة الجنائية :

وللعقوبة الجنائية وظيفتان هما : المنع والزجر معاً، ذلك أن الخوف من العقوبة يمنع الأفراد – غالباً – من ارتكاب الجرائم ، فإذا ما وقعت الجريمة تعرض مرتكبها للعقاب حتى لا يعود إليها ، وحتى يكفر عن جرمه ويكون عبرة لغيره .

وهـذه الوظـيفة للجـزاء الجنائى تختلف عنها فى الجزاء المدنى ، لأن الجـزاء المدنى يراد به حماية حق خاص عن طريق جبر آثار الاعتداء عليه ، أمـا الجزاء الجنائى فيراد به معاقبة من يخرج على النظام الاجتماعى ، ولهذا كانت العقوبة فيه حقاً للمجتمع ، أما فى الجزاء المدنى فإنها حق للفرد .

ومـن الجـرائم مـا يعتبر اعتداء على الصالح العام وحده فى المجتمع، كالخيانة العظمى ، وتزوير الأوراق الرسمية، ولكن معظم الجرائم تعتبر اعتداء علـى حـق الفـرد وعلـى حق المجتمع فى آن واحد معاً ، وذلك مثل جريمة السـرقة، وجـريمة القتل ، وجريمة إتلاف مال الغير عمداً ، وفى هذه الحالة يتولد عن الجريمة جزاءان جزاء جنائي، وتعويض مدني .

أمـا الجـزاء الجنائى : فهو رد الفعل الذى يوقعه المجتمع على من يخرج على النظام فيه ، وهذا الجزاء يتنوع إلى عقوبات مختلفة ، منها العقوبة البدنـية كالحـبس ، ومـنها العقوبة المالية كالغرامة ، ولما كان هدف توقيع

---

(١) المـرجع نفسه – ص ٢٢، د. حسن كيرة – السابق، د. جميل الشرقاوى – السابق ، د. عبد الرازق حسن فرج – السابق.

الجــزاء هــنا هو الدفاع عن المجتمع ، فإن الذى يملك توجيه الدعوى لتوقيع العقــاب هــو مــن يمــثل المجتمع وهى النيابة العامة، وتسمى الدعوى التى تمارســها فــى تلــك الحالة ، بالدعوى العمومية أو الجنائية ، والقضاء الذى يطبقها هو القضاء الجنائى .

وأمــا التعويض المدني : المترتب على الجريمة، فهو الذى يقصد به إصــلاح الضرر الذى تسبب عنها ، وتعويض المضرور عما أصابه من ضرر بسببها ، فهو يتوجه إلى القضاء بتوقيع هذا الجزاء المدنى ، وتسمى الدعوى بالدعوى المدنية ، وأساسها الحق الخاص ، ويختص بنظرها القضاء المدنى .

علــى أنــه يجــوز للفــرد فى حالة ما إذا كان الاعتداء على حقه يكون جــريمة، أن يــتقدم إلــى القضاء الجنائى بدعواه المدنية ، وذلك تبعاً للدعوى الجنائــية الــتى ترفعها النيابة العامة ، وهذا ما يعرف بالإدعاء المدنى ، وفى تنظــيم هــذا الحق ، تقضى المادة (٢٥١) إجراءات جنائية بأنه : " لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية " .

فــإذا كانــت الجريمة سرقة ، فإنه ينشأ عنها حقان ، حق المجتمع فى توقيع العقاب ، وحق المجني عليه في استرداد الأشياء المسروقة ، أو المطالبة بالتعويض عنها ، ولهذا الأخير أن ينتظر صدور الحكم الجنائى ثم يرفع دعواه المدنــية بالاســترداد أو التعويض أمام المحاكم الجنائية، ولــه أن يتدخل أمام المحكمــة الجنائية التى تنظر دعوى السرقة مطالباً بالاسترداد أو بالتعويض ، وكذلــك الأمــر فــى كافة الجرائم التى يضار منها المجني عليه ، وذلك كالقتل والجرح .

(٢) الجزاء المدني :

والجـــزاء المدنـــي هو الذي يوقع على من يخالف قاعدة تحمى مصلحة خاصـــة أو حقـــاً خاصاً ، وتتولى نصوص القانون المدنى ، والقانون التجارى بتنظيم هذا الجزاء ، وهو يتنوع إلى أنواع هى :

(أ) الجزاء المباشر :

ويقصـــد به جبر الفرد على أن يقوم بما لم يقم به مختاراً ، كالحكم على مـــن يحـــوز مـــالاً مملوكاً لغيره بدون وجه حق أن يرده إليه ، والحكم بطرد المستأجر من العين المستأجرة بعد انتهاء مدة الإيجار ، ومن ذلك، التنفيذ جبراً على أموال المدين بمبلغ من النقود لكى يستوفى الدائن حقه من حصيلة بيعها .

(ب) الجزاء العيني :

ومفاد هذا النوع من الجزاء يتمثل فى أن يقوم المدين بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة ، أى عدم الاعتداء بالعمل المخالف للقانون ، وإزالة المخالفة قد تكون عملاً مادياً مثل هدم بناء أقيم فى أرض مملوكة للغير، وقـــد تكون إزالة المخالفة بتقرير البطلان، أى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، وعدم الاعتداء بأي أثر للتصرف الذى وقع مخالفاً للقانون ، وذلك كما لو تم الرهن بشكل غير رسمى ، وبالمخالفة لما نص عليه القانون ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بهبة العقار ، حيث يترتب على عدم مراعاة هذا الشكل اعتبار التصرف كأن لم يكن .

ومـــن تطبـــيقات هـــذه الصورة من صور الجزاء ، عدم الاعتداد بالعمل المخـــالف للقانون ، وذلك بعدم نفاذ التصرف فى مواجهة الغير، ويقصد به أن يكون التصرف منتجاً لأثره فيما بين طرفيه ، لكن تلك النتيجة لا تكون حجة فى مواجهـــة غـــيرهما ، إذا خالف ما يستلزمه القانون من إجراء ، فمثلاً يستطيع الدائـــن أن ينقل حقه إلى غيره عن طريق الحوالة، ولكي تنفذ الحوالة فى حق

المديــن ويصــبح مسئولاً عن الوفاء للمحال بالحق وليس للدائن أن يقبل هذا المدين الحوالة أو يعلن بها ، فإذا لم يتحقق ذلك لا تنفذ الحوالة فى مواجهته ، وإن كانت قد تمت فيما بين الدائن المحيل، والمحال الجديد .

(ج) الفسخ :

والفســخ جزاء مدني يقصد به إعادة الحالة إلى ما كانت عليه من قبل ، وفــيه نجــد أن التصــرف قد ينعقد صحيحاً من جميع الوجوه ، ولكن يقع بعد نشوئه ما يحول دون تنفيذه فيقضى بفسخه ويتحلل الطرفان من آثاره ويعودان إلــى حالــتهما قــبل التعاقد ، ففى عقد البيع – مثلاً – إذا لم يقم البائع بتسليم المبــيع ، يكون للمشترى حق فسخ العقد ، وقد يقوم بهذا الفسخ البائع إذا لم يقم المشترى بدفع الثمن .

(د) التعويض :

ويمكن أن يكون الجزاء المدنى فى صورة تعويض الذى يتخذ فى الغالب شــكل مــبلغ نقدي يدفع لإصلاح الضرر أو جبراً لخاطر المضرور، وقد يكون الــتعويض هــو الجــزاء الأصلى ، وذلك كما فى حالة التعويض الذى يلزم به صاحب سيارة عن إصابة تسبب فيها للغير فأضر بشخصه أو ماله ، وقد يكون الــتعويض بديلاً للجزاء الأصلى إذا أصبح متعذراً أو مستحيلاً وقد يكون جزاء مكمــلاً ، وذلــك كمــا فى حالة الحكم على من يحوز أرضاً بغير حق بردها ، وبالتعويض عن حرمان مالكها منها فى مدة الحيازة بغير حق .

(٣) الجزاء الإداري :

وأما الجزاء الإداري ، فإنه يتمثل فيما تقوم السلطة الإدارية بتوقيعه على من يخالف قواعد القانون واللوائح ، أو عدم إطاعة أوامر الرؤساء .

ومــن هــذه الجــزاءات : الإنذار والخصم من المرتب ، والفصل من الخدمــة ، ويلاحظ أن القانون الإداري ليس له نصوص خاصة يرجع فيها إلى

وصـــف المخالفـــة وبيان الجزاء المقرر لها وإنما هو – كما يقولون – قانون الإبـــداع ، حيث يعتمد التوصيف للمخالفة فيه على استنباط الحكم من المبادئ العامـــة للقانون ، وذلك على هدى قواعده المستقرة فى القوانين السارية مثل القـــانون المدنـــى ، والقانون الجنائى، وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، والإجـــراءات الجنائية ، إضافة إلى المبادئ التى استقرت عليها محاكم مجلس الدولة ، والمحاكم العليا، مثل محكمة النقض ، والإدارية العليا والدستورية .

المطلب الثاني

خصائص القاعدة التنظيمية في الشريعة الإسلامية

يمكن القول : ان القاعدة الشرعية تتسم بأنها عامة مجردة ، وتنظم كافة التصرفات ، وتنطوى على جزاء يلائم كل نوع منها ، وذلك ما سوف نبينه تباعاً في الفروع التالية :

عموم القاعدة الشرعية وتجريدها

لا جدال في أن القاعدة الشرعية عامة ، وليس المراد بلفظ (القاعدة) هنا، ما يخص جملة القواعد الفقهية المعهودة ، ولكنه يشمل جميع الأحكام الشرعية الملائمة للتطبيق على النوازل المختلفة والوقائع الحاصلة ، القديم منها والجديد ، الحاضر منها والمستقبل إلى يوم الدين ، ذلك أن تلك الأحكام هي التطبيق العملى للشريعة ، وقد اختص الله تلك الشريعة بأنها عامة وخالدة، قال سبحانة وتعالى : " وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً [١]" ، وقال سبحانه : " وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين [٢]" ، وإذا كانت تلك الأحكام هي التطبيق العملى للشريعة ، كان العموم شاملاً لها .

---

(١) سورة سبأ – الآية ٢٨ .

(٢) سورة الأنبياء – من الآية ١٠٧ .

والعموم في القاعدة الشرعية يقصد به أن توضع بلفظ يدل على أفراد غير محصورين على سبيل الشمول والاستغراق ، ولا فرق بين أن تكون دلالته على ذلك بلفظه ومعناه ، وذلك بأن ترد ألفاظه بصيغة الجمع غير المحصور ، كلفظ: الناس ، أو المؤمنون والمؤمنات ، أو الرجال والنساء، أو بمعنى الجمع؛ كما في الرهط [١] والقوم[٢] والأمة والشعب ، والأنس والجن ، ومن ، وما [٣]، ويقصد بعدم الحصر ، ألا يوجد في اللفظ ما يدل عليه ، وإن كان محصوراً في الواقع أو ليس عاماً ، كما في السموات ، أو الأطباء أو المحامين، أو الطلاب ، أو العمال أو الفلاحين ، أو غير ذلك مما يختص بفئة معينة ، فإن القاعدة التى تحكمها تكون عامة رغم أن نطاقها محصور في تلك الفئة ، ومثلها : الرئيس ، أو الإمام ، فإنه وإن كان معهوداً في شخص واحد ، إلا أنه باعتبار الجنس يعم كل من هو مثله ، فتكون القاعدة المتعلقة به عامة لذلك .

وقد يكون العموم متناولا كل فرد من الأفراد مجتمعاً مع غيره ، أو منفرداً ، وذلك كلفظ (من) ، في قوله – صلى الله عليه وسلم – : " من حج فلم يرفث ولم يفسق رجع كيوم ولدته أمه [٤]" ، وقوله : " من دل على خير فله مثل أجر فاعله [٥]" ، وقوله : " من ستر أخاه المسلم في الدنيا فلم يفضحه ستره الله يوم القيامة [٦]" ، وقوله : " من شرب الخمر فاجلدوه [٧]" .

---

(١) الرهط : اسم لما دون العشرة من الرجال ليس فيهم امرأة .

(٢) القوم : اسم لجماعة الرجال خاصة .

(٣) القرافى – تهذيب الفروق – جـ ١ – ص ١٧٢ ، التوضيح لصدر الشريعة – جـ ١ – ص ٤٩ .

(٤) أخرجه البخارى في صحيحه – جـ ٤ – ص ١٨١٩ ، وأحمد في مسنده – جـ ٣ – ص ٤١٧ ، والجامع الصغير للسيوطى –جـ ٤ – ص ١٧٢٧– طبعة الباز بمكة المكرمة .

(٥) البخارى – المرجع نفسه – جـ٣ – ص ١٨٩٣ ، والإمام أحمد – المرجع نفسه – جـ ٤ – ص ١٢٠ ، والجامع الصغير – السابق – ص ١٧٣٥ .

(٦) أخرجه الإمام أحمد في مسنده – جـ ٤ – ص ٦٢ ، وراجع : السيوطى في الجامع الصغير – جـ٤ – ص١٧٤٩ .

(٧) الجامع الصغير – جـ ٤ – ص ١٧٥٥ .

وقد يكون متناولاً لكل فرد على شرط أن ينفرد ، وذلك كلفظ من في قولنا: من سبق في الركل أخذ الجائزة ، والعموم هنا بدلى ، وهو مجال اشتباه بين العام والخاص ، لأن النكرة في سياق الإثبات تخص ، كقولنا : رأيت رجلاً، وهات ورقة وقلماً ، فالرجل والورقة والقلم ألفاظ خاصة يزاد بها واحد غير معين من أفراد هذا النوع ، ولا فرق بينهما وبين ما هو عام عموماً بدليا إلا من حيث الوضع الأصلى ، فالنكرة في سياق الاثبات موضوعة للواحد وإن كان شائعاً ، واللفظ العام عموماً بدليا موضوع للشمول ، وإذا طرأ عليه معنى الوحدة كقولنا : من سجل الهدف أولاً استحق جائزة ، فإن لفظ أولاً هو الذى دل على التخصيص[1].

ألفاظ العموم في القاعدة الشرعية :

ولما كانت القاعدة الشرعية موضوعة لعموم الناس إلى يوم الدين ، فقد صيغت بألفاظ تفيد العموم من حيث وضعها اللغوى ، وإن اختلفت ألفاظها ومبانيها ، وذلك كما يلى :

(١) المعرف بالإضافة ، أو بأل الجنسية من الجموع وأسمائها ، وذلك كما في قوله تعالى : " يوصيكم الله في أولادكم [2]" ، وقوله تعالى : "ياقومنا أجيبوا داعى الله [3]" ، وقوله تعالى : " إن المسلمين والمسلمات [4]" ، وقوله تعالى : " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب [5]" .

---

(١) في هذا المعنى : تهذيب الفروق – السابق ، التوضيح لصدر الشريعة – السابق .
(٢) سورة النساء – من الآية ١١ .
(٣) سورة الأحقاف – من الآية ٣١.
(٤) سورة الأحزاب – من الآية ٣٥.
(٥) سورة النساء – من الآية ٧.

(٢) المفرد المعرف بأل الجنسية ، كما في قوله تعالى : " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما [١]" ، وقوله تعالى : " الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة [٢]" ، وقوله – صلى الله عليه وسلم – " مظل الغنى ظلم "[٣] .

(٣) أسماء الشرط ، كمن ، وما ، وأى ، وأين ، كقوله تعالى : " فمن شهد منكم الشهر فليصمه [٤]" ، وقوله تعالى : " وما تنفقوا من خير يوف إليكم "[٥]، وقوله تعالى : " أياً ما تدعوا فله الأسماء الحسنى [٦]"، وقوله تعالى : " أينما تكونوا يدرككم الموت "[٧] .

(٤) أسماء الاستفهام : كمن وماذا ومتى وأين ، كقوله تعالى :" قالوا من فعل هذا بآلهتنا [٨]" ، وقوله تعالى : " ماذا أراد الله بهذا مثلاً [٩]" ، وقوله تعالى : " متى نصر الله [١٠]" ، وقوله تعالى : " أين ما كنتم تدعون من دون الله [١١]" .

(٥) الأسماء الموصولة ، كقوله تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن[١٢]" ، وقوله تعالى : " وأحل لكم ما وراء ذلكم[١٣]" .

---

(١) سورة المائدة – من الآية ٣٨.

(٢) سورة النور – من الآية ٢ .

(٣) رواة الخمسة ، راجع : التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول – صلى الله عليه وسلم – للشيخ على ناصف – جـ ٢ – ص ٢٢٥ – طبعة جريدة صوت الأزهر ، فإذا كانت (ال) لتعريف الماهية ، كقولنا : الإنسان حيوان ناطق ، أو للعهد الذهنى ، كقول: أكلت الخبز وشربت الماء ، لم يكن المعرف بها عاماً .

(٤) سورة البقرة – من الآية ١٨٥.

(٥) سورة البقرة – من الآية ٢٧٢ .

(٦) سورة الإسراء – من الآية ١١٠ .

(٧) سورة النساء –من الآية ٧٨.

(٨) سورة الأنبياء – من الآية ٥٩ .

(٩) سورة البقرة – من الآية ٢٦ .

(١٠) سورة البقرة – من الآية ٢١٤ .

(١١) سورة الأعراف – من الآية ٣٧ .

(١٢) سورة البقرة – من الآية ٢٣٤ .

(١٣) سورة النساء – من الآية ٢٤ .

(٦) النكرة في سياق النفى أو النهى أو الشرط ، كقوله تعالى : " إذ قالوا ما أنزل الله علي بشر من شيىء [١]" ، وقوله – صلى الله عليه وسلم – : " لا وصية لوارث [٢]" ، وقوله تعالى : " ولا تصل على أحد منهم مات أبداً [٣]" ، وقوله تعالى : " لا يسخر قوم من قوم [٤]" ، وقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا [٥]" ، وقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكـم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها [٦]" .

(٧) النكرة الموصوفة بوصف عام ، كقوله تعالى : " ولعبد مؤمن خير من مشرك [٧]" ، وقوله تعالى : " قول معروف ومغفرة خير من صدقة يتبعها أذى[٨]"، فإن كان الوصف خاصاً لم تكن عامة ، كقولك : كافئ تلميذاً تقدم على أقرانه .

(٨) ما أضيف إليه كل وجميع لفظاً أو معنى ، كقوله تعالى : " كل نفس بما كسبت رهينة [٩]" ، وقوله تعالى : " قل كل يعمل على شاكلته [١٠]" ، وقوله تعالى: " وإنا لجميع حـاذرون [١١]" ، وقـوله تعالى : " أم يقولون نحن جميع

(١) سورة الأنعام – من الآية ٩١ .

(٢) رواه الترمذى من حديث أبى أمامة ، راجع : التاج الجامع للأصول – السابق – جـ٢ – ص ٢٦٦ .

(٣) سورة التوبة – من الآية ٨٤ .

(٤) سورة الحجرات – من الآية ١١ .

(٥) سورة الحجرات – من الآية ٦ .

(٦) سورة النور – من الآية ٢٧ .

(٧) سورة البقرة – من الآية ٢٢١ .

(٨) سورة البقرة – من الآية ٢٦٣ .

(٩) سورة المدثر – الآية ٣٨ .

(١٠) سورة الإسراء – من الآية ٨٤ .

(١١) سورة الشعراء – الآية ٥٦ .

منتصر [١]" ، وكقولك : يكافأ جميع الناجحين بألف جنيه ، غير أن العموم فيما دخلت عليه (كل) ، إفرادى ، أي يتعلق الحكم فيه بكل فرد ، بقطع النظر عن غيره ، وفيما دخلت عليه جميع ، اجتماعى يتعلق الحكم فيه بالمجموع [٢].

قصور مدلول القاعدة التشريعية العامة على بعض الأفراد :

وقد تقتصر دلالة القاعدة التشريعية العامة على بعض الأفراد ، وذلك في حالات :

أولها :الكلام غير المستقل ، أي غير التام بنفسه ، وهو خمسة:

(١) الاستثناء المتصل ، وذلك كقوله تعالى :" من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان [٣]" .

(٢) بدل البعض من الكل ، وذلك كقوله تعالى : " ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً [٤]" .

(٣) الصفة ، وذلك كقوله تعالى : " ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات [٥]" ، وقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم [٦]" .

---

(١) سورة القمر – الآية ٤٤ .

(٢) يدل على هذا ما روى عن محمد بن الحسن في السير الكبير من الأمثلة ، وحاصله : أن القائد إذا قال للجند : من دخل هذا الحصن أولاً ، فله ألف دينار ، فدخل واحد ، استحق الألف ، وإن دخله جماعة ، لم يستحق أحد منهم شيئاً ، وإذا قال لهم : كل من دخل هذا الحصن أولاً ، فله ألف دينار فدخله واحد استحق الألف ، وإن دخله جماعة استحق كل واحد منهم ألفاً ،وإذا قال لهم :جميع من دخل هذا الحصن أولاً ، فله ألف دينار ، فدخله واحد ، استحق الألف ، وإن دخله جماعة استحقوا ألفاً تقسم بينهم ، وراجع : أصول البزدوي – جـ١ – ص ٩ ، والتوضيح – جـ١ – ص ٦٠.

(٣) سورة النحل – من الآية ١٠٦ .

(٤) سورة آل عمران – من الآية ٩٧ .

(٥) سورة النساء – من الآية ٢٥ .

(٦) سورة النور – من الآية ٢٧ .

(٤) الشرط ، وذلك كقوله تعالى : " فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف[١]" ، وقوله تعالى : " ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا [٢]" أي إذا تركوا ما نهى الله عنه .

ثانياً : الكلام المستقل المتصل ، كقوله تعالى : " فمن شهد منكم الشهر فليصمه ، ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر[٣]" ، فقد دل قوله تعالى : " فمن شهد منكم الشهر فليصمه " ، على وجوب الصيام بذمة كل من شهد الهلال ، ثم اتصل به كلام مستقل يخرج المريض والمسافر من عموم قوله تعالى : (فمن شهد)، ويبيح لكل منهما أن يفطر في رمضان ويقضى بعده.

ثالثاً : الكلام المستقل المنفصل ، كقوله تعالى : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين ، بالمعروف حقاً على المتقين[٤]" ، فقد أوجب الله الوصية للوالدين والأقربين وارثين أو غير وارثين، ثم خرج من كان وارثاً منهم بكلام مستقل ، هو قوله – صلى الله عليه وسلم – : " إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث "[٥] .

رابعها : ما ليس بكلام ، وهو خمسة :

(١) العقل ، كقوله تعالى : " قل الله خالق كل شيىء [٦]" ، فإن العقل يخرج منه ذاته تعالى وصفاته ، وكقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أركعوا واسجدوا

---

(١) سورة البقرة – من الآية ٢٣٣ .

(٢) سورة المائدة – من الآية ٩٣ .

(٣) سورة البقرة – من الآية ١٨٥.

(٤) سورة البقرة – الآية ١٨٠ .

(٥) سبق تخريج الحديث ، راجع : التاج الجامع للأصول – جـ ٢ – ص ٢٦٦ .

(٦) سورة الرعد – من الآية ١٦ .

واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون [1]" ، فإن الفعل يخرج منه من لا يصلح للخطاب من غير المكلفين .

(٢) الحس ، كقوله تعالى في حكاية ما قال الهدهد عن ملكة سبأ : " وأوتيت من كل شيىء [2]" فإن الذى يدركه الناس ، ويحسه العقلاء ، أنها لم تعط شيئاً مما كان في يد سليمان من الأشياء ، ومنه قوله تعالى في ريح عاد : " تدمر كل شيىء بأمر ربها [3]" ، فإن العالم يحس بأنها لم تدمر السماء والأرض والماء والجبال ، وما لم تمر به من الأشياء ، وكما قال سبحانه : " ما تذر من شيىء أتت عليه إلا جعلته كالرميم [4]"فإنه عام مخصوص بالوصف ، وهو بعد هذا مخصوص بما نحس من بقاء الأرض والجبال والأنهار التى مرت عليها فإنها لم تدمرها .

(٣) العادة والعرف ، وإنما يخصص النص العام بالعرف إذا كان عرفاً عاماً وقائماً عند ورود النص وذلك كما في قوله – صلى الله عليه وسلم – : " المسلمون شركاء في ثلاثة ، في الماء والكلا والنار [5]" ، فإن الماء يشمل المحرز وغيره ، ولكنه قصر على الماء غير المحرز بما كان معروفاً لدى الكافة ، أن الماء المحرز ملك لمن أحرزه .

وعموم القاعدة الشرعية شامل للزمان والمكان ، فهى بعمومها صالحة لأن تطبق في كل عصر ، لأنها تجمع بين الثبات والمرونة التى يسهل تطبيقها على الوقائع المستجدة إذا توافرت فيها علة الأحكام التى نزل فيها النص أو

(١) سورة الحج – الآية ٧٧ .

(٢) سورة النمل – من الآية ٢٣ .

(٣) سورة الأحقاف – من الآية ٢٥ .

(٤) سورة الذاريات – الآية ٤٢ .

(٥) رواه ابـن ماجه في سننه ، راجع : مختصر سنن ابن ماجه – رقم ٢٤٧٢ – اختصار ، د. مصطفى البغا – دار العلـوم الإنسانية بدمشق ، ومسند أحمد – جـ٥ – ص ٣٦٤ ، سنن أبى داود – جـ ٢ – ص ٢٧٣ – طبعة الحلبى سنة ١٩٨٣م .

صيغت لها القاعدة ، عملاً بما هو معلوم من أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، كما أنها صالحة بهذا العموم للتطبيق في كل مكان من أرض الله مهما بعد عن النطاق المكانى الذى شهد ميلاد هذا التشريع العظيم ، وذلك أمر ليس بمستبعد ، كما أن معناه لا يصعب على العقل فهمه ، لأن الوقائع التى تتعلق بمقومات الحياة متشابهة ، والانسان في أي مكان هو الإنسان ، له عقله الذى يدرك به الصواب من الخطأ ، ويستطيع به أن يميز بين الحق والباطل ، والهدى والضلال ، ثم إن نوازع الناس في كل مكان واحدة وصلاتهم واحدة ، وأسباب الصراع فيما بينهم لا تكاد تختلف ، كما أن علاج تلك النوازع ، وتقويم تلك الأسباب واحد لا يخرج عن نطاق العدل الذى قرره الإسلام وأوجبه، كما أن الأرض التى يحيا عليها الانسان واحدة في أصل عناصرها ، وإن اختلفت مواقعها أو تفاوتت ثرواتها ، والسماء التى تظله واحدة ، والماء الذى يشربه واحد ، والطعام الذى يتغذى عليه عناصره واحدة ، وحاجة الانسانية كلها إلى ما يقيم حياتها المادية والأدبية واحدة ، وإذا كان شأن الانسان واحداً في أصل خلقته وظروف حياته ومعيشته ، فلا يستبعد أن يكون هناك تشريع واحد يحكمه في كل زمان ومكان ، وهو ما شرعه الله لعباده .

ولعل في تطور الفكر الانسانى ، وما أتاحه الله لعباده من الوقوف على أسرار كونه ، وما كشفه لهم من مكنون العلم الذى استطاعوا به أن يحولوا الكرة الأرضية إلى ما يشبه القرية الواحدة في إمكان الوقوف لحظة بلحظة على ما يقع فيها ، وما يجرى عليها ما يضيف الجديد الذى يؤكد صلاحية التشريع الإسلامى العظيم لأن يكون عاماً لكل بنى الانسان ، وإذا كان الناس قد استطاعوا أن يطوروا قواعدهم القانونية بما يجعلها صالحة للتطبيق على كافة شعوب الأرض ، فلم يستبعد وجود تشريع يتسم بهذا العموم ، ويصلح لحكم هذه الشعوب ؟ ، بل إنه إذا كان ذلك العموم غير مستبعد في حياة الناس ، وهو

مما تؤكده الحياة المعاصرة ، فإن تشريع الله يكون أجدر بأن يوصف به من باب أولى ، وغنى عن البيان أن عموم التشريع الإسلامى يعتبر من ثوابت العقيدة الإسلامية التى يؤمن بها المسلمون ، ومما هو معلوم من الدين بالضرورة .

التشريع الإسلامي أولى بالخلود :

بل إن التشريع الإسلامى هو الأولى بالخلود من كافة التشريعات الوضعية على المستويين الاقليمى والعالمى ، لأن الذين يصيغون تلك التشريعات ليس لديهم حظ من العلم الذى يخترق حجب الغيب في الزمان المستقبل الذى يعد التشريع بالضرورة لحكم الوقائع التى تقع فيه ، حيث لا يجوز أن يطبق على الماضى أو بأثر رجعى ، ولأن المستقبل غيب يكون معه حظ موافقة ما يصاغ من تشريعات لحكم هذا المستقبل مبنى على الصدفة التى لا يعلمها إلا الله ، وقد يصاغ تشريع اليوم بأحكام يظن صانعوه أنه لم يفلت منه شيىء ، ثم يجيىء الغد ، وتتغير الظروف ، فتطيح بكل الآمال التى صاحبته ، والأمانى التى كانت معلقة عليه ، أما التشريع الإسلامى ، فإنه صناعة من لا يعزب عن علمه مثقال ذرة في السماء أو في الأرض ، ولا يحد علمه حجاب من زمان أو مكان ، ولهذا كان تشريعه معصوماً من التأثر بعوامل الزمن أو تقلبات الأيام ، وكان ثابتاً في تطبيقه على الزمان المستقبل ثباته على التطبيق في الزمان الماضى ، لأن علم من صنعه واحد في كل الأحوال ، ولهذا يكون التشريع الإسلامى أولى بالخلود لذلك .

تجريد القاعدة الشرعية :

وإذا كان عموم القاعدة وصف يلحق بها عند تطبيقها ، فإن التجريد وصف يلحق بها عند صياغتها ، بحيث تنشأ في ظله غير متعلقة بأشخاص محددين بذواتهم ، أو وقائع معينة بذاتها ، وليكون الخطاب فيها موجهاً إلى

الأشخاص بصفاتهم ، ويتناول الوقائع بشروطها ، وهذا التجريد الذى يصاحب القاعدة التنظيمية عند نشوئها هو الذى يؤدى إلى عمومية تطبيقها لأنها ستطبق على كل شخص تتوافر فيه الصفات التى حددتها ، كما أنها ستسرى على الوقائع التى توجد فيها شروط انطباقها ، ومن ثم كانت صفة العمومية نتيجة حتمية لصفة التجريد ، فهى لصدورها مجردة عن الأشخاص والوقائع تعم الناس كلهم ، فتسرى على جميع من يخضع لحكمها ، ولا تسرى على واقعة محددة بعينها ، أو فرد معين بذاته ، فإذا فقدت هذه الصفة ، بأن وجهت إلى شخص بذاته أو تعلقت بواقعة بعينها ، فإنها لا تعتبر قاعدة تنظيمية عامة ، وإن كانت تعتبر قراراً أو حكماً يستنفذ قوته بمجرد تطبيقه ، ولا تمتد إلى حالات أخرى ، ولو كانت مماثلة للحالة التى صدر بشأنها (١).

نطاق التجريد في القاعدة الشرعية :

وإذا كان التجريد في القاعدة القانونية لم يسلم من شوائب التحيز لفئة معينة ، أو أشخاص محددين بذواتهم من جهة أن الذين يصنعون التشريع الوضعى بشر يتأثرون بالمصالح الملحة للمجموعة التى دفعتهم إلى تغيير القانون ، وذلك ما لا تسلم منه – غالباً – معظم القوانين الوضعية ، فهى إنما تصنع في ظل تغيرات تشريعية تفرض انتصار مصالح معينة لمجموعة (ما) على مجموعة أخرى في الفترة الزمنية الواحدة ، أو المراحل التاريخية المتلاحقة ، إذا شهدت تغيرات اجتماعية أو سياسية كتلك التى تعقب الثورات والانقلابات ، أو تغير نظام الحكم في المجتمع ، فإن القاعدة الشرعية منزهة عن تلك الشبهة لأنها صناعة إلهية خالصة ، نزلت إلى الناس عن طريق الوحى ، وتضمنت المبادئ العامة التى تكفل تطبيقها في كل عصر مهما اختلفت

---

(١) د. محمود عبد الرحمن – المبادئ العامة في القانون دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية – ص ٢٤ ، وما بعدها – طبعة المعهد العالى للدراسات الإسلامية .

نوازله ، واستجدت وقائعه ، ولأن تلك المبادئ تتسم بالمرونة ووضوح العلة التى تمكن المجتهدين وأهل النظر والعقل من تنظيم حياتهم التشريعية على ضوئها ، والتأثر بالمصالح الخاصة لفئة معينة ، مما يدفع بمن يصيغون القانون إلى محاباة تلك الفئة أو مجافاتها ، ذلك كله ليس موجوداً في القاعدة الشرعية ، لأن صانعها وهو الله – سبحانه – منزه عن الميل والهوى ، وليست له مصلحة عند أحد من خلقه حتى يتأثر بها ، ويصدر حكمه على حسب تلك المصلحة ، فالناس جميعاً عبيده ، وهم الفقراء إليه ، كما أنه – سبحانه – غنى عنهم ، لا تنفعه طاعتهم، ولا تضره معصيتهم ، ولهذا كان حكمه للمعاملات فيما بينهم عادلاً عدلاً مطلقاً ، قال سبحانه : " يا أيها الناس أنتم الفقراء إلى الله ، والله هو الغنى الحميد (1)" ، وإذا كان الناس فقراء إلى ربهم ، وهو – سبحانه – غنى عنهم ، فإن من مقتضى ذلك ولازمه ، أن يكون تشريعه محققاً للعدل الكامل فيما بينهم ، ومنزهاً عن الميل لمصلحة طائفة من الناس على حساب أخرى .

وإذا كان التأثر بمصالح بعض الفئات هو الذى يعيب التجريد في القاعدة القانونية ويعجل بنهايتها في فترة زمنية قصيرة لا تتجاوز أعمار تلك الفئة ، أو المدة التى تتبدل فيها أحوالها من الضعف إلى القوة ، أو تزول خلالها الأسباب التى حبذت صياغة القاعدة ، وهى على نحو ما شاهدنا في فترة الستينات لم تستغرق عقدين أو ثلاثة عقود من الزمان ، حين صدرت جملة من القوانين الاجتماعية المنظمة للعلاقة بين العمال وأصحاب الأعمال ، وبين الملاك والمستأجرين ، وكانت متحيزة لجانب العمال والمستأجرين على أساس الفهم الذى كان سائداً إبان وجودها ، وهو ضعف هاتين الفئتين وحاجتهما إلى الحماية والعناية التشريعية ، ثم ما لبثت ظروفهما أن تغيرت ، وتبدل الوضع

---

(1) سورة فاطر – الآية ١٥ .

الاجتماعى فجعل الملاك وأصحاب الأعمال هم الذين يحتاجون إلى الرعاية ، مما حدا بالمشرع لأن يعيد النظر في القواعد القانونية المنظمة لمراكزهم على ضوء التغيرات الاجتماعية والاقتصادية التى استجدت ، ولم تسعفه التعديلات العديدة والمتلاحقة لتلك القوانين مما اضطره إلى إعادة النظر فيها كلية ، وإلغاء الكثير منها ، وما كان لأى قاعدة تشريعية أن تكون نهباً لمثل تلك التغييرات الكثيرة ، لو أن صفة التجريد فيها كانت كاملة .

ولأن التشريع الإسلامى منزه عن هذا التحيز ، كما أنه في صياغته ينحو منحى التجرد الكامل ، والتنزه عن المحاباة والهوى ، فقد ظل صامداً منذ نزوله عند بدء الإسلام وعلى امتداد ما يقرب من خمسة عشر قرناً من الزمان، دون أن يعتريه تغيير ، بل ودون أن يكون بحاجة إلى تعديل أو تبديل ، وسيظل كذلك صامداً إلى يوم الدين ، وفاء بعهد الله الذى قرره حين جعل هذا التشريع ابديا خالداً وخاتماً لرسالات السماء .

الفرع الثاني

التشريع الاسلامى ينظم كل سلوك الإنسان

ومن المعلوم أن التشريع الإسلامى ينظم كافة شئون الحياة ، بما فيها السلوك الخفى الذى تنطوى عليه حنايا النفوس ، وهذا أمر عـادى ، لأن الحكم فيه بين العباد هو الله سبحانه ، وهو سبحانه يعلم ما نسر وما نعلن ، قال سبحانه: " يعلم ما يسرون وما يعلنون إنه عليم بذات الصدور [١]" ، وقال سبحانه: " إن الله عالم غيب السماوات والأرض إنه عليم بذات الصدور [٢]" ، وقال سبحانه : "يعلـم خائنة الأعين وما تخفى الصدور [٣]" ، وقال سبحانه : "

(١) سورة هود – من الآية ٥ .

(٢) سورة فاطر– الآية ٣٨ .

(٣) سورة غافر – الآية ١٩ .

قل إن تخفوا ما فى صدوركم ، أو تبدوه يعلمه الله ، ويعلم ما في السموات وما في الارض والله على كل شيىء قدير ، يوم تجد كل نفس ما عملت من خير محضراً ، وما عملت من سوء تود لو أن بينها وبينه أمداً بعيداً ، ويحذركم الله نفسه ، والله رءوف بالعباد [1]" ، ولما كان المشرع الحكيم سبحانه يعلم خفايا النفوس ، كان بمقدوره وحده أن يقضى فيها بما يقرره من أحكام ، وقد قضى في ذلك ، بما أخبرت به الأدلة عن جزاء تلك المعاصى في الدنيا ، أو بما توعد به فاعليها في الآخرة ، وإذا كان حكم الله على تلك الأمور الخفية ماضياً ، فإنه يكون ماضياً على ما يتمخض عنه السلوك الظاهر من باب أولى .

أما بالنسبة للعباد ، فإن حكمهم لن يكون إلا على السلوك الظاهر ، لأنهم لا يعلمون السر ، أو ما يرتكب في الخفاء دون دليل يكشف عنه، ولا شك أن تكليفهم بالحكم على ما تسره القلوب سوف يكون تكليفاً بما لا يطاق ، وسيؤدى إلى أن يكون مآله للنزعات والهوى ، وهذا ما لا يجوز المصير إليه ، ولا يصح أن يكون غاية لتشريع عادل ، ولهذا جعل الله مناط التكليف في الحكم على تصرفات الناس بالظاهر منها ، حتى ولو كان ما خفي مجافياً للحق طالما لم يوجد ما يكشف عنه ، أو فقد الدليل الذى يدل عليه ، وفي هذا يقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : " إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار " ، رواه الجماعة[2]، ومن ثم كانت القاعدة الشرعية شاملة لتنظيم كافة أنواع السلوك الظاهر منها والخفى ، لكن الحكم قضاء لا يكون إلا على السلوك الظاهر ، ضرورة أن القائمين به بشر لا يعلمون ما خفى ، وإذا كان كذلك ، يكون شاملاً

---

(١) سورة آل عمران -الآيتان ٢٩ ، ٣٠ .

(٢) البيهقى - السنن الكبرى - جـ ١ - ص ١٥٠ ، نيل الأوطار للشوكانى - جـ ٨ - ص ٣١٤ - طبعة الحلبى .

للسلوك العملى وغير العملى ، كما يشمل أحكام الاعتقاد أو الفقه الأكبر ، وأحكام الأخلاق وغيرها .

الفرع الثالث

الإلزام في القاعدة الشرعية

والقاعدة الشرعية ملزمة ، وأساس إلزامها أنها تقترن دائماً بالجزاء ، قال سبحانه : " فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ، ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره[1]" والجزاء فيها إنما يمثل أثراً لها ، ولهذا يتناسب معها في التقدير ، كما يتناسب معها كذلك في التوقيت ، ومن القواعد الشرعية ما يؤدى الخروج عليها إلى توقيع الجزاء العاجل عنها ، على أساس أن المصلحة التى تقررت العقوبة لحمايتها تقتضى ضرورة التعجيل برد التطاول عليها ، وذلك بالزجر السريع على مخالفتها ، وإنزال العقوبة على من يفعل موجبها ، ولأن تأخير العقاب أو تأجيله ليوم الحساب ، قد لا يصلح رادعاً لقلوب من لا يؤمنون بهذا اليوم أصلاً ، أو الذين يؤمنون به ولا يستعجلون وقوعه ، أو يستعجلون وقوعه ، ولا يرتدعون له ، ولهذا يكون تعجيل العقاب في الدنيا هو الطريق الفعال لتحقيق الزجر ، وحماية المصلحة التى تقررت العقوبة لحمايتها ، ومن ثم كان الجزاء في القاعدة الشرعية عاجلاً ، أو آجلاً في الآخرة .

تعريف الجزاء وصوره :

والجزاء لغة : الثواب والعقاب ، ومنه جازاه على الفعل ، أي أثابه عليه ، إن كان فعلاً حسناً ، وعاقبه على تركه إن كان فعلاً سيئاً[2]، وفي اصطلاح الفقهاء : هو الأثر الناشئ عن مخالفة الحكم الشرعى ، أو الالتزام

---

(١) سورة الزلزلة – الآيتان ٧ ، ٨ .

(٢) المعجم الوجيز – ص ١٠٤ وما بعدها .

به[1]، فإن معنى الجزاء قائم في الحالتين ، لكن مقدار الجزاء مختلف في حالة المخالفة التى تقتضى عقاباً ، عنه في حالة الالتزام التى تقتضى ثواباً ، والاختلاف في الحالتين يبرز جانباً من جوانب الكرم الإلهى مع العباد ، فهو في حالة العقاب يجازى عن السيئة بمثلها ، وعن الحسنة بعشر أمثالها ، يقول الله تعالى : " من جاء بالحسنة فله عشر أمثالها ، ومن جاء بالسيئة فلا يجزى إلا مثلها وهم لا يظلمون " [2]، فقد قررت الآية الكريمة أن الجزاء عن السيئة بمثلها ، وأن الحسنة بعشر أمثالها ، لكن تلك الزيادة في مجال الثواب قد تزيد عن عشرة أمثالها ، ومن ذلك ما جاء في السنة ، بأن الحسنة تكافئ عشر أمثـالها ، والقرض يكافئ ثمانية عشر ، يقول النبى – صلى الله عليه وسلم : "رأيت ليلة أسرى بى على بـاب الجنـة مكتوباً ، الصدقة بعشر أمثالها ، والقرض بثمانية عشر ، فقلت يا أخى يا جبريل : ما بال الأمر كذلك ، فقال : لأن السائل قد يسأل وهو ليس بحاجة ، والمستقـرض لا يستقـرض إلا عن حاجة [3]"، وقد يكون الثواب على الصدقة مضاعفاً أضعافاً كثيرة،ومن ذلك قول الله تعالى : " مثل الذين ينفقون أموالهم في سبيل الله كمثل حبة أنبتت سبع سنابل في كل سنبلة مائة حبة والله يضاعف لمن يشاء ، والله واسع عليم[4]" ، ثم يتدرج الثواب إلى ما لا نهاية ، ومن ذلك ما جاء في الحديث القدسي : " كل عمل ابن آدم له إلا الصيام ، فإنه لي وأنا أجزي به[5]"، ومن ذلك قوله تعالى :

---

(١) في هذا المعنى : عبد القادر عوده – التشريع الجنائي الإسلامى – جـ ١ –ص ٦٠٩ وما بعدها – طبعة نادى القضاة سنة ١٩٨٤م .

(٢) سورة الأنعام – الآية ١٦٠ .

(٣) رواه ابن ماجه والبيهقى عن أنس بن مالك – الترغيب والترهيب جـ٢ – ص ٤٤ .

(٤) سورة البقرة – الآية ٢٦١ .

(٥) رواه البخارى من حديث أبى هريرة ، وقد جاء فيه : كل عمل ابن آدم يضاعف الحسنة بعشر أمثالها إلى سبعمائة ضعف ، قال الله تعالى : إلا الصوم فإنه لى وأنا أجزى به . رياض الصالحين للنووى – ص ٤١٠ – طبعة المكتب الإسلامي .

" ليجزى الذين آمنوا وعملوا الصالحات من فضله [١]" ، وقوله تعالى : " ليوفيهم أجورهم ويزيدهم من فضله [٢]" ، وفي مقابل الثواب على الطاعة ؛ نجد الجزاء على المعاصى ، وهو ثابت عند حدود المماثلة لا يجزى إلا بمثلها .

ومن المقرر فقهاً أن الجزاء على السيئة ، أو في مجال الجناية يستلزم المماثلة ، ولا يجوز أن يتجاوزها قيد أنملة ، بل لا يجوز أن يتجاهلها ، يستوى أن تكون الجناية في مجال حقوق الله ، أو في مجال حقوق العباد ، حيث تكون المساواة بين الجناية والعقوبة أمراً محتماً ، يستوى أن يكون موجب ذلك الجزاء تعديا على حق الله ، أو على حق العبد ، وفي مجال حق الله تعالى ، يدل على ذلك قوله سبحانه : " من جاء بالحسنة فله عشر أمثالها ، ومن جاء بالسيئة فلا يجزى إلا مثلها وهم لا يظلمون [٣]" ، فقد قطعت الآية الكريمة بالمماثلة بين الجزاء والإثم على نحو يدل على أنه من الأمور اللازمة له ، عدلاً من الله تعالى، وليس إلزاماً له ، فالله تعالى لا يجب عليه شيىء ، إن أثاب فبفضله، وإن عاقب فبعد له، لا يسأل عما يفعل ، وهم يسألون ، ومن ذلك قوله تعالى : " من عمل سيئة فلا يجزى إلا مثلها [٤]" ، وقوله تعالى " ومن جاء بالسيئة فلا يجزى الذين عملوا السيئات إلا ما كانوا يعملون [٥]" ، وقوله تعالى : " من يعمل سوءاً يجز به ولا يجد له من دون الله ولياً ولا نصيراً [٦]"، فقد دلت هذه الآيات وغيرها على أن الجزاء في حالة السيئة بمثله .

وإن كانت تلك الدلالة قاصرة على ما يعد حقاً لله – تعالى – ، فإن المماثلة مقررة في حالة التعدى على حقوق العباد ، ولا شك أن من أخطر

---

(١) سورة الروم – من الآية ٤٥.

(٢) سورة فاطر– من الآية ٣٠ .

(٣) سورة الأنعام – آية ١٦٠ .

(٤) سورة غافر – آية ٤٠ .

(٥) سورة القصص – آية ٨٤ .

(٦) سورة النساء – آية ١٢٣.

ألـــوان ذلك التعدى هو شن الحرب على الدولة التى تضم أموال العباد وأعراضهم وشرفهم واعتبارهم ، وهنا يوجب الحق – سبحانه – رد الاعتداء بمثله ، وقد أكد القرآن الكريم ذلك في أكثر من آية فيه ، ومنها قوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم[(١)] " ، وقوله تعالى : " وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين [(٢)] " ، وقوله تعالى : " فإن قاتلوكم فاقتلوهم [(٣)] " ، وفي مجال التعدى على النفس أوجب الله القصاص بحق القاتل ، فقال سبحانه : " ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون [(٤)] " ، وقوله – سبحانه – : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى [(٥)] " ، وقال سبحانه : " والحرمات قصاص [(٦)] " ، وقال سبحانه : " والجروح قصاص [(٧)] " ، والقصاص هو أن يفعل بالجاني مثل ما جنى ، وهو يعنى المساواة الكاملة بل إن من معاني القصاص في اللغة المساواة والمماثلة ، ومن ثم تكون المماثلة قائمة في حقوق العباد عند العقاب في حالة التعدى عليها ، وهذا يقتضى المماثلة والمساواة بين الجناية والعقاب، لأن الجزاء إذا تجاوز حدوده لا يكون عقاباً ، بل يكون انتقاماً يخالف ما رسمه الشارع للقضاء على الجرائم ، ويزيد وقوعها احتمالاً ، لأن التجاوز في العقاب سيدفع الذين وقع عليهم ذلك التجاوز إلى إنشاء جريمة جديدة تكافئ ذلك التجاوز ، وتتعداه ، فيرد المتجاوزون في العقاب عليهم ، ويتكرر التعدى في جانب الطرفين إلى ما لا نهاية ، وذلك ما لا يرضاه الله ورسوله .

---

(١) سورة البقرة – من الآية ١٩٤.

(٢) سورة البقرة – آية ١٩٠ .

(٣) سورة البقرة – من الآية ١٩١ .

(٤) سورة البقرة – آية ١٧٩.

(٥) سورة البقرة – من الآية ١٧٨.

(٦) سورة البقرة – من الآية ١٩٤.

(٧) سورة المائدة – من الآية ٤٥ .

وضماناً لتحقيق تلك المساواة جعل الشارع تنفيذ العقاب في يد سلطة عامة تختص به ، ولا يجوز الافتيات عليها فيه ، لأن هذا الافتيات يعني الدخول بالمتنازعين إلى دائرة الانتقام المتبادل ، ولهذا يقول الحق سبحانه : " ومن قتل مظلوماً فقد جعل لوليه سلطاناً ، فلا يسرف في القتل إنه كان منصوراً [1]" ، والآية خبر بمعنى الإنشاء الذى يفيد الدلالة على أن السلطان أو من ينيبه هو الذى يتولى العقاب ، وأن عليه الالتزام بمبدأ المساواة فلا يسرف في القتل ، وأن حسب المعتدى عليه من تنفيذ العقوبة أن يتحقق نصره عند حدود هذا التماثل والبعد عن الإسراف الذى يفتح شهية المتنازعين للتقاتل من جديد .

والآية تدل بمفهومها على أن المجنى عليه ، أو وليه لا يجوز أن يتولى بنفسه عملية تنفيذ العقوبة لأنه إذا قام بتنفيذها لن يكون محايداً ، بل سيكون مدفوعاً بنزعة الانتقام التى تكونت في نفسه من تعدى المعاقب ، ولن يكون ما يفعله عقاباً بل تنكيلاً وتعذيباً وتجاوزاً ، وليس من عادة التشريع أن يجعل من الشخص خصماً وحكماً ينفذ ما يقضى له به من العقاب لأن حدود المماثلة والاعتدال في التنفيذ سوف تطيش من بين يديه ، ولهذا كان من الأصوب والأصح أن يتولى السلطان أو نوابه توقيع العقاب وفقاً لتوجيه الشارع الحكيم سبحانه دون تجاوز لحدود المماثلة فيه .

وإذا استبان ذلك ، يتأكد لنا ، أن عفو الله – تعالى – كبير ، وأنه حين قرر الجزاء ليكون أداة إلزام بما شرع ، قرنه بالرحمة التى تبرز حبه لعباده ورحمته بهم ، والثواب على الطاعات ومنها الصيام يدل على تلك الرحمة ويبرهن على وجودها .

والالزام في القاعدة الشرعية ، قد يكون ناشئاً عن جزاء مدنى في مجال المعاملات المالية حين يخل أحد المتعاملين في الوفاء بما يجب عليه أداؤه بناء

---

(١) سورة الإسراء – من الآية ٣٣ .

على التزامه بإرادته أو إلزام الشارع له ، وقد يكون ناشئاً عن جزاء إدارى ، وقد يكون ناشئاً عن جزاء دولى ، وتجدر الإشارة بإيجاز إلى هذه الأنواع من الجزاءات التى تبرز عنصر الإلزام في القاعدة الشرعية لكن هذه الجزاءات المختلفة ، قد تكون عاجلة في الدنيا ، وقدتكون مؤجلة توقع على العصاة في الآخرة ، وهو ما ينبغى بيانه أولاً .

(١) الجزاء الآجل أو الأخروى :

والجزاء الأخروى هو الذى يلحق بمن يفعلون المخالفات المقتضية له ، وهو قد يكون مصاحباً لجزاء دنيوى ، وذلك كقوله تعالى : " ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً[١]" ، فإن هذا لا ينافى توقيع العذاب الدنيوى عليه ، والوارد في قوله تعالى : "ولكم في القصاص حياة [٢]"، وقوله تعالى : "يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى[٣]" ، وقوله - صلى الله عليه وسلم - : " لا يحل دم امرئ مسلم إلا من ثلاثة : إلا من زنى بعد ما أحصن ، أو كفر بعد ما أسلم ، أو قتل نفساً فقتل بها " ، وفي رواية : ورجل قتل مسلماً متعمداً [٤]، وقد ثبت القصاص في القتل العمد بالكتاب والسنة والإجماع ، وثبوته لا ينافي حصول الجزاء المتوعد به من الله في الآخرة .

ومن ذلك قوله تعالى : " إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا ، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزى في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ، إلا

---

(١) سورة النساء - الآية ٩٣.

(٢) سورة البقرة - من الآية ١٧٩ .

(٣) سورة البقرة - من الآية ١٧٨ .

(٤) رواه النسائى ، راجع : نيل الأوطار للشوكانى - جـ ٧ - ص ٧ - طبعة الحلبى .

الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم [1]" ، فقد قرر الله للمحاربين عذاباً دنيوياً عاجلاً ، وهذا العذاب الدنيوى لا يمنع وقوع العذاب العظيم عليهم في الآخرة ، إذا لم يتوبوا قبل الاقتدار عليهم ، فإذا لم يتوبوا حق عليهم العذاب الأخروى مع العذاب الدنيوى ، فجاء وروده مصاحباً له .

ومن ذلك قول الله تعالى في المنافقين : " وإن يتولوا يعذبهم عذاباً أليماً في الدنيا والآخرة وما لهم في الأرض من ولى ولا نصير[2]" .

وقد يكون الجزاء أخروياً خالصاً ، دون أن يكون مصاحباً لعذاب دنيوى في الدنيا ، وذلك كما في المخالفات التى يتعذر أو يستحيل إثباتها ، كجريمة الحسد ، والنفاق والغيبة ، والنميمة وغيرها من الجرائم التى لا تطرح أمام القضاء مما لا شأن للقوانين الدنيوية به .

(٢) الجزاء الدنيوى العاجل :

وبعد هذا البيان لتأجيل العقوبة وتعجيلها ، ينبغى بيان أنواع الجزاءات الدنيوية العاجلة التى تقابل العقوبات الآجلة ، وذلك بالإيجاز المناسب على أن نخصص لبيان كل منها مقصداً كما يلي :

المقصد الأول

الجزاء الجنائى

وهو الجزاء الذى يوقع في حالة التعدى على جملة من المصالح الشرعية المعتبرة التى تتعلق بحق الله تعالى ، أو بحق الناس ، وبداية فإن حق الله تعالى غالب في كل المصالح ، فما من حق لعبد، إلا وفيه جانب يتعلق بحق الله تعالى ، وهو ما يتمثل في أداء الحقوق ، والمحافظة على مقومات الحياة ، وذلك كما في التعدى على النفس الإنسانية ، فإن فيه جانباً من الحق الخاص

(١) سورة المائدة – الآيتان ٣٣ ، ٣٤ .

(٢) سورة التوبة – من الآية ٧٤ .

يتعلق بشخص المعتدى عليه ، ومن يلحقهم الضرر المادى والأدبى بسبب هذا التعدى من ورثته وأولياء دمه ، وذوى قرباه الذين كانوا يتعيشون من جراء سعيه ، لكن نفسه التى أهدرت بالجناية – مع اختصاصها به – ملك لله تعالى باعتبار أنها محتوى قدرته في الخلق ، ومستودع سره في الإيجاد ، ومحل النفخة الإلهية التى تبث فيها الروح والحياة ، ولهذا كان الآدمى بنيان الرب، وهو القائم بالخلافة في الأرض ، وهذه المعانى كلها تتعلق بحق الله تعالى، كما أن التعدى على حياة إنسان من شأنه أن يبث الرعب والفزع في قلوب الجماعة التى تعيش فيها والمجتمع الذى ينتمى إليه، والجنس البشرى الذى ينتسب له ، وفي تبديد أمن ذلك المجموع الإنسانى على حياته ، وتخوفه من أن ينالها ما نال هذا الذى بددت حياته الجريمة ، اعتداء على حق الله– تعالى– المتمثل في مصلحة هذا المجموع لأن يأمن من خوف ويطمئن من فزع .

ومثل هذا الترابط بين حق الله وحق العبد في المصلحة المعتدى عليها ، موجود في التعدى على المال بالسرقة ، فإن فيها أخذ مال مملوك للغير خلسة بغير حق ، وهذا اعتداء على حق خاص ، وفيها – بجانب هذا الحق الخاص – إفزاع الناس على أموالهم ، وهذا يمثل اعتداء على حق عام يتعلق بمجموع الناس ، وذلك هو مضمون حق الله سبحانه ، فإنه ما سمى حقاً لحاجة الله إليه، لأن الله غنى عن العالمين ، ولكنه أضيف إلى الله تشريفاً لهذا النوع من الحق وتعظيماً له ، ومثله أجل من أن يكون مختصاً بفرد ، أو لواحد من الناس فكان ما يناسبه أن يكون متعلقاً بحقوق الجماعة ، وقس على هذا جرائم الحرابة والقذف وغيرها من الجرائم التى يترابط فيها هذان الجانبان ، وتدور المصلحة المعتدى عليها فيها بين حق الله وحق العبد .

والجزاء الجنائي منه ما هو مقدر ، ومنه ما هو غير مقدر :

(أ) الجزاء غير المقدر (التعزير) :

والتعزير لغة : اللوم والتأديب ، يقال : عزره ، أي لامه ، وأدبه، وعاقب القاضى المذنب بما دون الحد [1]، وقد تكون بمعنى القوة والنصرة ، وذلك كما في قوله تعالى : " لتؤمنوا بالله ورسوله وتعزروه وتوقروه وتسبحوه بكرة وأصيلا [2]" ، فالتعزير هنا بمعنى الإعانة والنصرة والقوة ، وربما كان المراد منه في مجال العقاب ، تقوية المعاقب بما ينتصر به على نفسه .

وفي اصطلاح الفقهاء : عقوبة غير مقدرة تجب حقاً لله – تعالى – أو لآدمي على المعاصى التى لم تحدد الشريعة لها عقوبة ، أو حددت لها عقوبة ، ولكن شروط الإسناد ، أو وجوب العقاب لم تتوافر فيها ، أو كان ثمة شبهة تمنع من توقيع العقاب ، وتدرأ تنفيذه [3].

ومن المعلوم أن هناك جرائم كثيرة لم تحدد لها الشريعة عقوبة خاصة ، وذلك مثل الشروع في القتل ، وحبس إنسان مدة (ما) دون سبب ، وسرقة مال لم يبلغ حد النصاب ، أو ارتكاب جريمة مخلة بالحياء لم تصل إلى حد الوقاع الكامل ، أو إذا حدث الوقاع الكامل ، ولم يتوافر نصاب الشهادة على الفعل ، وهو أربعة شهود ذكور [4]، أو التحريض على الفسق والفجور ، أو بيع المسكرات والمخدرات ، أو غش البضائع ، وإفساد الأطعمة .

ومقصود الشارع من تقرير تلك العقوبة ؛ الإصلاح والتأديب والزجر والردع ، ولهذا تختلف باختلاف الجناية في صغرها وعظمها ، والذى يقوم

---

(١) المعجم الوجيز – ص ٤١٦ – طبعة وزارة التربية والتعليم سنة ١٩٩٩م .

(٢) سورة الفتح – الآية ٩ .

(٣) المعجم الوجيز – نفس المكان .

(٤) تبيين الحقائق للزيلعى – جـ ٣ – ص ٢٠٧ – الطبعة الأولى سنة ١٣١٣هـ ، وإعلام الموقعين – جـ ٢ – ص ٩٩ .

بتحديد العقاب المناسب هو ولى الأمر لكل جريمة بما يناسبها ، وذلك بحسب خطورتها على المجتمع ، وأثرها على تبديد الأمن فيه ، وذلك كما في القتل سياسة ، حيث قال به الحنفية والمالكية[1] في حالات الجرائم التى تدل على خطورة الجانى وتأصل الإجرام فيه ، كالاعتياد على الجريمة ، أو اللواط ، وكما في السحر ، والتجسس لصالح الأعداء ، حيث قال بالقتل فيه المالكية والحنابلة وغيرهم [2]، كما يجوز الحبس والتعذيب والتوبيخ والغرامة ، أو كما يعرف : التعزير بأخذ المال ، وجمهور أهل العلم لا يقولون به لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه [3].

وقد ذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى أنه مشروع في مواضع مخصوصة في المشهور عن مالك في مذهبه ، والشافعى في أحد قوليه ، والإمام أحمد ، وذلك استدلالاً بالسنة الشريفة ، فقد أمر النبى – صلى الله عليه وسلم – بأخذ شطر مال مانع الزكاة ، وبفعل عمر وعلى – رضى الله عنهما – حينما قاما بحرق المكان الذي يباع فيه الخمر ، وصادر عمر طعاماً من سائل وجده أكثر من كفايته [4]، ومن صور التعزير بأخذ المال :

الإتلاف :

وهو إتلاف محل المنكرات ، كإتلاف مادة الأصنام وإحراق الصور العارية وكتب التحريض على الفجور ، وتخريق أواني الخمر .

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ، جـ٣ – ص ١٩٦ ، الشرح الكبير للدردير – جـ ٤ – ص ٣٥٥.

(٢) الحسبة لابن تيمية – ص ٤٨ ، والمهذب للشيرازي – جـ٢ – ص ٢٤٢ ، وغاية المنتهى – جـ ٣ – ص ٣٣٤ .

(٣) حاشية ابن عابدين – السابق – ص ١٩٥ ، وما بعدها ، مغنى المحتاج – جـ ٤ – ص ١٩١ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير – جـ ٤ – ص ٣٥٤ ، المغنى لابن قدامه – جـ٨ – ص ٣٢٤ .

(٤) الحسبة لابن تيمية – ص ٥٢ ، وما بعدها .

التغيير :

أي إبدال هيئة الشيئ المحرم ، وإخراجه عنها ، وذلك كقطع رأس التمثال ليصير كهيئة منضدة أو ما إلى ذلك :

التمليك :

وذلك بأن يحكم القاضى على من استولى على مال تعدياً بتملكه نظير ثمن مضاعف ، وذلك على نحو ما قضى عمر – رضى الله عنه – في الضالة المكتومة ، أن يضعف غرمها على كاتمها ، وكالحكم على من سرق ماشية قبل أن تؤوى إلى المراح أن عليه جلدات نكالاً وغرمه مرتين .

(ب) الجزاء المقدر :

والجزاء المقدر قد يجب بسبب التعدى على النفس أو ما دونها ، وقد يجب في الجناية على المال ، أو العرض أو العقل ، أو الأمن العام ، وقد اصطلح الفقهاء على أن العقوبات المقدرة تتمثل في الحدود والقصاص ، وما يقوم مقامه من الديات والأروش ، ونخصص لبيان كل منها غصناً .

الغصن الأول

القصاص وما يقوم مقامه من الديات والأروش

الموضوع الأول

القصاص

والقصاص معناه لغة : المماثلة ، أي مجازاة الفاعل بمثل فعله وهو القتل ، أوالجرح [١] ، وهو في اصطلاح الفقهاء : عقوبة مقدرة وجبت حقاً للعبد في حالة التعدى على نفسه بالقتل أو بالجرح ، وهذه العقوبة مراعى فيها المساواة والمماثلة بين الجريمة والعقاب ، وذلك على نحو ما قاله تعالى : "

---

(١) المعجم الوجيز – ص ٥٠٤ .

وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين ، والأنف بالأنف ، والأذن بالأذن ، والسن بالسن والجروح قصاص [1]" ، والآية وإن كانت حكاية عن شرع من قبلنا ، إلا أنها شرع لنا ما لم يرد دليل ناسخ ، ولم يرد في شرعنا ما ينسخه ، بل جاءت الأدلة في الكتاب والسنة والإجماع على وفقها .

أما الكتاب فبقوله تعالى : " ولكم في القصاص حياة [2]" ، وأما السنة ، فمنها ما روى أنه – صلى الله عليه وسلم – قال : " من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا [3]" ، وأما الإجماع ، فقد حكاه جمع كبير من الفقهاء [4].

والعقل يتفق مع تشريع القصاص ، كما أن تشريعه يصادف المعقول ويوافقه ، لأن العدالة في العقاب مما يؤيده العقل ، كما أنه يقر المصالح المترتبة عليه ، وهي حفظ الأمن العام والخاص ، وحماية الدماء والأنفس ، وردع الجناة وضعاف النفوس الذين قد يجدون من عدم توقيع العقاب وسيلة تحفزهم لاقتراف الجرائم على نفوس العباد ودمائهم.

وكما يبدو من أدلة مشروعية القصاص ، فإنه يجب في حالتين :

الأولى : هي القتل العمد العدوان :

وهو يتمثل في أن يقصد شخص قتل إنسان معصوم الدم تعدياً دون حق ، أو هو القصد إلى إزهاق روح آدمى بفعل آخر [5]، ومن ثم فإنه يقتضى أن

---

(١) سورة المائدة – من الآية ٤٥ .

(٢) سورة البقرة – من الآية ١٧٩ .

(٣) رواه أبو داود في سننه – راجع : جـ ٢ – ص ٥٢٤ ، ونيل الأوطار للشوكانى – جـ ٧ – ص ٨ – طبعة الحلبى .

(٤) الإجماع لابن المنذر – ص ٧١ – طبعة دار الباز بمكة المكرمة .

(٥) راجع في تفصيل ذلك : بحثنا عن تحديد المفاهيم في مجال الصراع البشرى – الجهاد – القتال – العنف – الإرهاب ، المقدم للمؤتمر الرابع عشر للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية – مايو ٢٠٠٢م – مجلد البحوث – ص ٨١٤ ، وما بعدها .

يكون التعدي بالقتل واقعاً على آدمى حي ، وأن يكون المجنى عليه معصوم الدم ، وأن يكون هذا الآدمى معيناً ، وأن يكون ضربه بقصد قتله تعدياً وليس بحق [1]، وإذا وجب القصاص – حالتئذ – فإن حق طلبه يكون لولى الدم وهم ورثة المجنى عليه جميعاً ، فإذا عفوا ، أو عفا بعضهم أو أحدهم ، فإن القصاص يسقط ويتحول العقاب إلى الدية مغلظة في مال الجانى ، كما يسقط القصاص بعفو المجنى عليه قبل موته ، أو بالاتفاق مع الجانى صلحاً على وجوب الدية وإسقاط القصاص .

الثانية : التعدى عدواناً على ما دون النفس :

وذلك في الجروح والشجاج التى يمكن المماثلة فيها عند القصاص ، وذلك على نحو ما قرره الشارع في قوله تعالى : " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ، والعين بالعين ، والأنف بالأنف ، والأذن بالأذن ، والسن بالسن ، والجروح قصاص [2]" ، فإذا لم يمكن المماثلة بأن كان موجب القصاص جرحاً دون الموضحة أي الضربة التى لم تصل إلى عظم المجنى عليه ، فإن المماثلة تكون متعذرة ، ومن ثم مئول الأمر إلى الأرش ، وهو العقوبة المالية الواجبة كبدل عن القصاص فيما دون النفس ، كما يسقط القصاص حال إمكانه بالعفو من المجنى عليه ، أو بالصلح عنه على الدية .

الموضوع الثانى

الديات والأروش

والدية هي العقوبة المالية التى تجب في حال الجناية على النفس أو على ما دونها ، وهي مختصة بمقادير مالية معينة ، تدفع من مال الجاني أو عاقلته إلى المجنى عليه أو وليه .

---

(١) المرجع نفسه .

(٢) سورة المائدة – من الآية ٤٥ .

والمال الواجب بسبب الجناية إن كان بدلاً عن النفس ، فإنه يسمى دية ، وإن كان بدلا عما دون النفس فإنه يسمى أرشاً ، لهذا يقول ابن عابدين : الدية اسم للمال الذى هو بدل النفس ، والأرش اسم للواجب بالجناية على ما دون النفس ، وجاء في الفقه الشافعي : " الدية هي المال الواجب بالجناية على لنفس أو على ما دونها [1]" .

وقد أشار القرآن الكريم إلى موطنى وجوب الديـة في حالتى القتـل العمـد عند أيلولة العقاب إليها ، والقتل الخطأ ، وذلك في قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر ، والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شيىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة،فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم [2]" ووجه الدلالة في هذا القول الكريم على وجوب الدية خلفاً عن القصاص :أنه- تعالى- قدندب إلى العفو فيه إلى الدية بقوله : فمن عفى له من أخيه شيىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، كأنه يقول : " إذا عفا الجاني أو وليه في حالة القتل العمد فليتبع ما يتفق عليه بالمعـروف والوفـاء ويؤدى ما وجب عليه بصدق وحسن نية ، ففى الآية دليل على وجوب الدية عوضاً عن القصاص إذا تم الصلح عنه ، لكنها – حالتئذ – تجب مغلظة في مال الجانى ، وقال تعالى:"وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلاخطأ،ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا[3]"،فقد دلت الآية على وجوب

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار – جـ ٦ – ص ٥٧٣ – الطبعة الثانية ، وقدجاء في كشاف القناع – جـ ٤ – ص ٥٣ : أن الديـة هي المال الواجب بسبب الجناية مطلقاً فيشمل مسماها الجناية على النفس ومـا دونها ، والخلاف بينهم وبين الفقهاء اختلاف في المصطلحات ، وهو مما لا مشاحة فيه ، لأنها فيما دون النفس إذا سميت أرشا عند الجمهور ، فإن معناها لا يخرج عن كونها دية فيما دون النفس .

(٢) سورة البقرة – الآية ١٧٨ .

(٣) سورة النساء – من الآية ٩٢ .

الدية في حالة القتل الخطأ ، وأنه يجوز العفو عنها ، والتصدق بها على الجاني، لكنها إذا وجبت عليه ، فإن عائلته هي التى تؤديها .

وتجب الدية في حالة الجناية على ما دون النفس بالصلح عليها، أو عند إمكان القصاص لتعذر المماثلة بين الجناية والعقوبة ، وضابط ذلك أن كل موضوع من البدن له حد معلوم يمكن الوقوف عنده كالعظم والمفصل ، فإنه يجب فيه القصاص ، وذلك كان يضرب الجاني المجنى عليه موضحة ، أي ضربة تجرحه حتى تصل إلى العظم وتكشف عنه ، هنا يمثل العظم حداً يمكن أن يقف العقاب عنده ، ومن ثم يمكن المماثلة فيتعين القصاص .

من ذلك – أيضاً – العضو الذى له مفصل معلوم كالمرفق والكوع ذاته إذا حدثت الجناية بالقطع عندهما ، فإن المماثلة تكون ممكنة ، ويتعين إجراء القصاص فيما دون النفس لذلك ، ومن ثم لا يتعين القصاص ، ولأن الشبهة في استيفاء القصاص عند تعذر المماثلة بدون زيادة على الجريمة ، يفسر لمصلحة الجانى ، وتجب الدية ، لأن الدم الإنسانى معصوم ، ولا يجب المساس به إلا بقدر ماجنى على غيره (١).

مقدار الدية :

ومقدار الدية مائة من الأبل ، أو ألف دينار ، أو أثنا عشر ألف درهم ، في النفس سواء أكان القتل عمداً أم غير عمد ، يدل على ذلك ما روي أنه – صلى الله عليه وسلم – قال : " وإن في النفس المؤمنة مائة من الأبل ، وعلى أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم " (٢).

والإبل هي الأصل في تقدير الدية ، والذهب والفضة مقوم لها ، فإذا تعذر الحصول عليها وجبت قيمتها بالغة ما بلغت ، لأن العوض يختلف باختلاف

---

(١) السرخسى – المبسوط – جـ ٢٦ – ص ٩٠ .

(٢) سبل السلام للصنعاني – جـ ٣ – ص ٤٦٨ – طبعة جامعة الإمام بالسعودية .

الأزمان ، سيما مع انخفاض القوة الشرائية للنقود بسبب تدنى قيمتها [1]، إلا أنه إذا قلت الابل ، ولم توجد إلا بأكثر من ثمن المثل فله العذول إلى ألف دينار أو أثنى عشر ألف درهم ، وهذا ما ذهب إليه الشافعي في القديم ، وإن كان رايه في الجديد : أنه تجب قيمة الأبل بالغة ما بلغت ، وذلك لما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال : " ألا إن الإبل قد غلت ، فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتى بقرة ، وعلى أهل الشاة ألف شاة ، وعلى أهل الحلل مائة حله " ، رواه أبو داود ، ولأن ما ضمن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الأمثال، ولأن الإبل إذا أجزأت عند قلة قيمتها ، ينبغى أن تجزى عند كثرة قيمتها ، وذلك كالدنانير إذا غلت أو رخصت ، فإن كانت الدية موجودة بثمن مثلها إلا أن المدين بها لم يجدها لكونها في غير بلده ، ونحو ذلك ، فإنه ينتقل إلى الوفاء بالدراهم والدنانير [2].

وتتساوى دية المرأة مع دية الرجل لتساوى نفسيهما ، ولأن معنى الحياة فيهما واحد ، وقد قال النبي – صلى الله عليه وسلم – : " في النفس المؤمنة مائة من الإبل [3]" ، وذلك هو ما يترجح لدينا ، كما تتساوى نفس المسلم مع غير المسلم يهودياً أو نصرانياً في الدية ، وذلك لقوله تعالى : " وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله [4]" ، وقد جاءت الدية هنا منكرة لتفيد العموم الذى يقتضى المساواة بين المسلم وغيره فيها ، وقد فسرها النبى – صلى الله عليه وسلم – بمعنى واحد في الحالتين ، وهو مائة من الأبل ،

(١) في هذا المعنى :ابن قدامه في المغنى – جـ ٧ – ص ٧٦١ – طبعة مكتبة الرياض .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) المـرجع نفسـه – ص ٧٩٧ ، والكاسانى – بدائع الصنائع – جـ ٧ – ص ٣١٢ ، والمحلى لابن حزم – جـ ١٠ – ص ٥٥١ وما بعدها .

(٤) سورة النساء – من الآية ٩٢ .

فتكون الدية واحدة في الحالتين ، ولأن صفة الآدمية واحدة بينهما ، ودمه معصوم كدم المسام ، وإذا كانت صفة الآدمية واحدة والدماء متساوية في العصمة ، فمن المعقول أن يتساوى في القيمة [١].

وإذا وجبت الدية في حالة التعدى على أعضاء الجسم ، فإن كل عضو فذ لا لانظير له فيه ، كاللسان والأنف ، وموضع التناسل في الذكر والأنثى ، تجب بإتلافه دية كاملة ، حيث يترتب على إتلافه ذهاب منفعة الجنس ، وتتلاشى وجودها ، وهذا يساوى إتلاف النفس ، وما كان في الجسم منه عضوان كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والشفتين والخصيتين والثديين ، ففي كل واحدة منهما نصف الدية ، وفي إتلافهما معاً تجب دية كاملة ، وإذا كان في الجسم منه أربعة كأشفار العينين ، ففي كل واحد منها ربع الدية ، وفي اتلافها جميعاً دية كاملة [٢]، كما يجب في كل سن خمساً من الأبل بصرف النظر عن عددها ، وذلك استثناء من القواعد السابقة ، لقول النبى – صلى الله عليه وسلم – : " في السن خمس من الابل [٣]" ، رواه النسائي وأبوداود ، والأنياب تأخذ حكم الأضراس ، كما أن الواجب في الموضحة خمس من الأبل [٤]، ويسمى الواجب دية فيما دون النفس أرشاً ، إذا لم يكن له تقدير في الشرع .

وفي حالة الشجاج والجروح [٥] التى ليس فيها أرش مقدر من قبل الشارع تجب حكومة عدل ، أي يتحدد الأرش بمبلغ يقدره أهل الخبرة من العـارفين بقيم الأشياء ، وذلك كالأطباء الشرعيين والمهندسين ومكاتب الخبرة

---

(١) الشيخ على الخفيف – الضمان في الفقه الإسلامى – ص ١٨٩ – طبعة جامعة الدول العربية .

(٢) ابن قدامه – في المغنى – جـ ٨ – ص ١ ، وما بعدها .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني – جـ ٧ – ص ٦٥ .

(٤) المرجع نفسه .

(٥) الشجاج هي الجروح التى تحدث في الرأس والوجه، وأما الجروح فإنها هي التى تقتصر على بقية الجسم.

القضائية والعلمية وأمثالهم [1].

مجال تقدير حكومة العدل :

من الأمور المقررة شرعاً أن مجال تقدير حكومة العدل محدد بحالة ما إذا لم يرد تقدير شرعى للضرر على نحو ما سلف [2]، والتقدير الشرعي للضرر هو ما ورد بصفة خاصة عن النبى – صلى الله عليه وسلم – [3]، والإجماع منعقد على أن ما دون الموضحة من الجروح والشجاج ليس فيها أرش مقدر ، وإنما فيها حكومة عدل [4]، ولا ينال من وصف الواجب بأنه حكومة عدل أن يرد فيه تقدير محدد ، مثل الذى نقله الفقهاء عن الصحابة – رضى الله عنهم – بتقديرمعين للضرر ، حيث حدده بعضهم بأجرة الطبيب ، أو كما روى عن عمر وعثمان أنهما قضيا في السمحاق [5] بنصف دية الموضحة، وروى عن على أنه قضى فيها بأربع من الإبل ، وروى عن زيد بن ثابت أنه قال : في الدامية [6] بعير ، وفي الباضعة [7] بعيران ، وفي المتلاحمة[8] ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق أربعة [9].

وقد قرر الفقهاء أن ذلك التقدير لا يعدو – وهو في مجال حكومة العدل – أن يكون تقديراً موقوفاً ، لما هو معروف أن المقادير لا مجال فيها للاجتهاد ،

---

(١) المبسوط– السابق –ص ٧٣ ، وما بعدها .

(٢) يراجع في هذا الموضوع تفصيلاً ، كتابنا:الضرر الأدبى في الفقه الإسلامي والقانون – ص ٣٦٠ وما بعدها – طبعة دار المريخ .

(٣) موطأ مالك – ص ٧٤٥ ، والمغنى لابن قدامه – جـ ٨ – ص ٥٦ .

(٤) بداية المجتهد – جـ ٢ – ص ٤١٩ ، حيث نقل اتفاق العلماء على ذلك .

(٥) السمحاق :هي التى تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة التى تفصل بينه وبين العظم والتى تسمى بالسمحاق.

(٦) الدامية : هي التى تسيل الدم .

(٧) الباضعة : التى تقطع اللحم .

(٨) المتلاحمة : هي التى تغوص في لحم المتعدى عليه .

(٩) راجع : بداية المجتهد – جـ ٢ – ص ٤١٩ ، والبحر الزخار – جـ ٦ – ص ٢٨٩.

وذلك ما عليه جمهور الفقهاء ، إذ الأصل في الجراح الحكومة إلا ما وقتت له السنة حداً [1]، ووجوده مع اتفاق الفقهاء يجعله أقرب إلى التقدير التقريبي للحكومة منه إلى التقدير الموقوف ، أو كما قال الشافعي – رضى الله عنه –: " إن ذلك كان من زيد تقويماً لا توقيتاً [2] ".

وحيث تقرر ذلك ، يكون ما دون الموضحة من الشجاج والجروح مما يخضع لتقدير حكومة العدل ، وكذلك الأمر فيما دون الجائفة من الجراح ، لأن الجائفة قدورد فيها تقدير محدد في كتاب النبي – صلى الله عليه وسلم – لعمرو بن حزم ، وقد جاء فيه : وفي الجائفة ثلث الدية [3]، فيكون ما دون الجائفة من الجروح مما يدخل في نطاق تقدير حكومة العدل ، وكذلك الأعضاء القائمة في جسم الإنسان لذاتها دون منفعة ، كلسان الأخرس واليد الشلاء وذكر الخصى والعين القائمة الذاهب نورها ، والإصبع الزائدة ، والسن الزائدة، حيث تجب في هذه الأعضاء حكومة عدل لأنها جزء من النفس ، وأجزاء النفس مصونة لذاتها وبصرف النظر عن نفعها ، وكذلك فوات الجمال ، وإحداث الألم المجرد كاللطمة ، وكذلك المنافع المعنوية وهي قوى النفس وغرائزها ، كالعقل والسمع والبصر والنطق والذوق ، فإن فقدها بالكلية مما يوجب الدية كاملة أما فقد بعضها ففيه حكومة عدل[4].

---

(١) المرجع والمكان السابقان ، والمغنى لابن قدامه – جـ ٨ – ص ٥٥ .

(٢) بداية المجتهد – السابق – ص ٤٢٣ .

(٣) موطأ مالك – ص ٧٣٧ ، جواهر الأخبار والآثار – جـ ٦ – ص ٢٧١ .

(٤) بدائـع الصنائع – جـ ٧ – ص ٣٢٣ ، ونهاية المحتاج للرملي – جـ ٧ – ص ٣٥٩ وبداية المجتهد – جـ ٢ – ص ٤٢١ ، وما بعدها ، والبحر الزخار – جـ ٦ – ص ٢٨٢ ، وما بعدها ، والمغنى لابن قدامه – جـ ٨ – ص ٦٠ .

المعايير التقديرية لحكومة العدل :

وحكومة العدل وهي تقدر الضرر وتقيمه ، إنما تتوخى في مهمتها تحقيق العدل الذى يسفر عن جبر الضرر كاملاً ، والعدل يقتضى وضع معايير إرشادية للقائمين على التقدير ، حتى يكون قائماً على أساس من التساوى بين الناس جميعاً ، وقد ذكر الفقهاء أن حكومة العدل وهي تمارس مهمتها في التقدير إنما تستأنس بمعايير لتقدير الضرر ، ومعايير أخرى لاستخراج القيمة التى يستحقها تعويض هذا الضرر ، ونجلى بيان ذلك :

(أ) معايير تقدير القيمة :

هناك ثلاث طرق في الفقه لتقدير قيمة الضرر الحاصل على سلامة البدن، وهذه الطرق الثلاث يمكن أن نسمى أولها : طريق الافتراض ، ونسمى ثانيها : طريق التقريب ، ونسمى ثالثها : طريق التقدير العملى .

(١) أما طريق الافتراض :

فقد أثر عن الإمام الطحاوى الحنفى ، وهو معمول به عند الحنفية ، وغيرهم من المذاهب الأخرى ، وتقوم هذه الطريقة على أساس افتراضى بحث يمكن من خلاله تصوير القيمة ، وقد عبر عن مضمون هذه الطريقة الإمام الخرقى الحنبلى في مختصره بقوله : والحكومة : أن يقوم المجنى عليه كأنه عبد لا جناية به ، ثم يقوم وهي به قد برأت فما نقصته الجناية فله مثله من الدية ، كأن تكون قيمته ، وهو عبد صحيح عشرة ، وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة ، فيكون الواجب عشر ديته ، ويقول ابن قدامة في المغنى :هذا الذى ذكره الخرقي – رحمه الله – في تفسير الحكومة ، قول أهل العلم كلهم لا نعلم بينهم خلافاً فيه ، وبه قال الشافعي والعنبرى وأصحاب الرأى وغيرهم ، قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم : حكومة أن يقال : إذا أصيب الإنسان بجرح لا عقل له معلوم ، كم قيمة هذا المجروح

لو كان عبداً لم يجرح هذا الجرح ؟، فإذا قيل خمسة وتسعون ، فالذى يجب على الجانى نصف عشر الدية ، وإن قيل تسعون فعشر الدية ، وإن زاد أو نقص فعلى هذا المثل [1]، وإنما كان كذلك لأن جملته مضمونة بالدية فأجزاؤه مضمونة منها [2].

(٢) طريق التقريب :

انتقد طريق الافتراض في تقدير قيمة الضرر بأنه يقوم على افتراض يتعذر اللجوء إليه في وقتنا الحالى لعدم وجود الرق[3] ، ولذلك رؤى اختيار معيار آخر وهو طريق التقريب .

وطريق التقريب يقوم على تصور واقع ، يتمثل في إلحاق الضرر غير المقدر بالضرر المقدر ومعرفة قيمته من خلال إلحاقه به ، وهذه الطريقةمنسوبة للإمام الكرخى الفقيه الحنفى المعروف ، وتقوم على تقريب الضرر إلى أقرب ضرر له أرش ، ففى الشجاج مثلاً ينظركم مقدار الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية المقرر للموضحة [4].

وهذه الطريقة من شأنها أنها تجعل التقدير أقرب ما يكون للمنصوص عليه ، وهو ما يبعث الطمأنينة في إصابة تقدير الشارع قدرالمستطاع .

---

(١) المغــنى لابن قدامةمع مختصر الخرقى – جــ ٨ – ص ٧٥وما بعدها ، وراجع : حاشية عابدين على الدر المخــتار – جـ ٥ ص ٤١٢ ، وبدائع الصنائع –جـ ٧ – ص ٣٢٤ ، ومغنى المحتاج – جـ ٤ – ص ٧ ، والبحر الزجار – جــ ٦ – ص ٢٨٢ ، حيث يقرر ضم أجرة الطبيب وثمن الدواء وتعطله عن العمل إلى تلك القيمة ، وراجع : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير – جــ ٤ – ص ٢٧١ .

(٢) المغنى لابن قدامه – المكان السابق ، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم عليه –جــ ٧ – ص ٢٧٧ .

(٣) في هذا المعنى : د. وهبة الزحيلى – الفقه الإسلامي وأدلته – جــ ٦ – ص ٣٥٨ .

(٤) حاشــية ابــن عابديــن علــى الدر المختار –نفس المكان السابق ، والبحر الزخار–نفس المكان السابق ، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع – جــ ٧ – ص ٢٦٣ .

(٣) طريق التقدير العملى :

وهذا الطريق يقوم أساسه على شهادة أهل الاختصاص والخبرة من الأطباء وغيرهم ممن يمارسون الفحص والعلاج ، لأن تقييمهم لقيمة الضرر تنبع من الواقع العمل الذى يعايشونه بالفعل ، وقد أثر هذا التقدير عن الإمامين أبي يوسف ومحمد [١]، وقال به بعض المحدثين من الفقهاء [٢].

وهذا الطريق في نظرنا طيب وملائم وعملى ، لولا ما كشفت عنه التجربة في مصر من سهولة الحصول على تقرير من طبيب يقدر إصابة معينة في شخص فيستغله ضد الأبرياء مكيدة ونكاية ، فلو تم تنظيم هذا الطريق بحيث ينأى به عن استغلال البعض ممن انعدمت فيهم نخوة الضمير حتى اتخموا ساحات المحاكم بكثير من القضايا الظالمة والتهم الباطلة ، والتى لا تجد المحكمة بدأ من الحكم فيها بناء على تلك التقارير ، لكان أفضل .

والقانون الكويتى وفقاً لما تقضى به المادة ١٩ مكرر من القانون ٦ لسنة ١٩٦١ ، والمعدل بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧م ، قد أعتبر الدية تعويضاً عن الإصابة في ذاتها ، أي أنها تعويض عن الضرر الجسمانى ، لكنه ذهب فيما يتعلق بالدية على ما دون النفس في أغلب الحالات يربط تقدير الدية بنسبة العجز الحاصل في قوة الجسم كله وفقاً للتقارير الطبية التى تحرر وفقاً لنسب معينة تبدأ بستين ، ثم ثلاثين ، ثم عشرين ، ثم عشرة في المائة ، فإذا فقد المضرور ثلاثين في المائة من قوة الأبصار ، وعشرة في المائة لإصابة الساق ، فإن نسبة الإصابة بالنسبة لقوة الجسم تكون أربعين بالمائة ، ومن العجيب في أحد التقارير التى قد أصدرت المحكمة بمقتضاها حكماً ، أنه حدد عجزاً قدره ستون بالمائة من قوة الجسم لطفل نتج له من الحادث عجز في

---

(١) المبسوط- جـ ٢١ – ص ٨١ ، ومجمع الضمانات – ص ١٧١ .

(٢) د. وهبه الزحيلى – السابق – ص ٣٥٩ .

الحركة وكشف التقرير أنه قد أصيب بشلل نصفى تام في الوجه وشلل نصفى غير تام بالأطراف مع صعوبة النطق ، ولا يستطيع مع هذه الإصابة القيام أو القعود إلا بمساعدة شخص ، وأعطى مع كل تلك الاصابات تعويضاً يعادل ستين بالمائة من قيمة الدية ، ولو طبقت قواعد التقدير الصحيح للدية لاستحق عن كل منفعة فقدت دية كاملة ، وإن نقصت المنفعة استحق ديتها منقوصة بنسبة نقص المنفعة ، وهذا بالتأكيد يتجاوز مقدار الدية الكاملة ولا يقف عند نسبة الستين في المائة التى تقيد بها تقرير الطبيب[1].

(ب) معايير تقدير الضرر :

وهناك أنواع أخرى من المعايير الإرشادية التى يمكن لحكومة العدل أن تستأنس بها في تقدير الضرر بما يمكن معه ضبط قيمته على نحو أقرب إلى العدالة ، وهذا التقدير يختص بنوع الضرر الواقع على مقومات الحق في سلامة جسد الإنسان ، كما يختص بغير ذلك من أنواع الضرر الأدبى الأخرى ، ومن ثم يكون لمعايير تقدير الضرر مجالان :

أولهما : تقدير الضرر في فوات السلامة :

وتقدير الضررالأدبى الواقع على حق الانسان في سلامة بدنه يمكن أن يقع على منفعة من منافع البدن كالعقل والسمع والبصر والذوق ، والفقهاء متفقون على أن المنفعة إذا فقدت كاملة ففيها دية ، وإذا فقد بعضها يكون تقدير الضرر بقدره ، ولكن ماهو معيار تقدير قيمة الضرر؟ ، لقد ضرب الفقهاء أمثلة تجيب عن هذا التساؤل وتبرر مقدار الضرر في عدد من منافع

---

(١) راجع في هذا المعنى : رسالة : د. بدر جاسم اليعقوب – للدكتوراه في المسئولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتى – جامعة القاهرة – سنة ١٩٧٧– ص ١٥٧ وما بعدها ، وحكم محكمة الكويت الكلية – تجارى كلى ٧ بتاريخ ١٩٧١/١/٢٠ – المشار إليه فيه .

الجسم التى أودى بها التعدى ، وذلك من خلال اختبارات تجرى فتبرز مقدار الضرر في فوات العقل والسمع والذوق والنطق وذلك على النحوالتالى :

(١) الضررالواقع على القوى العقلية :

عقل الانسان من أكبر المعاني قدراً وأعظم الحواس نفعاً ، فبه يتميز الانسان عن البهيمة ، ويعرف حقائق المعلومات ، ويهتدى إلى مصالحه ، ويتقى ما يضره ويدخل به في التكليف وهو شرط في ثبوت الولايات وصحة التصرفات وأداء العبادات ، فكان في إيجاب الدية بفقده كاملا أحق من بقية المعاني والحواس ، فإن كان نقص العقل معلوماً مثل أن صار يجن يوماً ويفيق يوماً ، فعليه من الدية بقدر ذلك، لأن ما وجبت فيه الدية كاملة ، وجب بعضها في بعضه [١]، وهذا النقص المعلوم لا يثير صعوبة في التقدير ، أما إذا لم يكن النقص معلوماً ، كما لو جعلته الجناية مدهوشاً [٢]، أويفزع مما لا يفزع منه ، أويخاف العزلة ويستوحش الخلوة ، هذا الضرر يقدره القاضى حسبما يرى [٣].

ويرى بعض فقهاء المذهب الزيدى : أن تقسم الدية على علوم العقل العشرة ، ثم يعطى المضرور بقدر ما نقص عليه منها ، وهذه العلوم هي : علم حال النفس ، فيسأل هل هو شابع أم جائع ؟ ، وعلم البديهة ، فيسأل هل العشرة أكثر من الخمسة؟، وعلم الخبرة ، فيسأل هل الحجر تكسر الزجاج ؟، وعلم المشاهدة ، فيسأل المضرور عن شخص معروف لديه ، من هذا ؟ ، وعلم الدائرة فيسأل ، هل زيد في الدار أم لا ؟ ، وعلم القصد ، بأن يستبين منه معرفة الشخص الذى يخاطبه ، وعلم التواتر ، فيسأل هل مكة في الأرض؟ ،

---

(١) المغنى – لابن قدامه – جـ ٨ – ص ٣٧ .

(٢) المدهوش : هو المتحير ، أي المضطرب ، راجع : مختار الصحاح – ص ٢١٣ .

(٣) المغنى لابن قدامه – المكان السابق .

وعلم الجلى من الأمور فيسأل عما أكله بالأمس، وعلم التعلق بأن يعلم أن كل صنعة ، لابد لها من صانع ، وعلم التمييز بأن يعلم أن هذا حسن وهذا قبيح(١).

وأرى مع بعض الباحثين أن تقدير النقص يجب في القوى العقليةأن يناط إلى عدد ممن يوثق في علمهم وأمانتهم من أطباء الأمراض النفسية ، ليقدموا تقريراً مفصلاً بعد إجراء الاختبارات الطبية المقررة، يكشفون فيه مقدار هذا الضرر (٢).

(٢) تقرير الضرر الواقع على نعمة البصر :

والضرر الواقع على البصر أما أن يكون في العينين أو في واحدة ، فإذا أنقص التعدى قوة الإبصار في كلتا العينين ، فإن التقدير يكون خالصاً لحكومة العدل ، ويمكن الاستعانة هنا بأطباء العيون ليقرروا نسبة العجز في قوة الإبصار بناء على كشف حال يقارن بكشف سابق ، ومن خلال المقارنة تظهر قيمة الضرر أما إذا كان النقص في أحد العينين ، فقد ذكر ابن رشد رحمه الله : أن من أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فأذهب بعض بصرها ، ما روى من ذلك عن على – رضى الله عنه – ، أنه أمر بالذى أصيب بصره ، بأن عصبت عينه الصحيحة ، وأعطى رجلاً بيضة فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى

---

(١) العلامة ابن مفتاح – شرح الأزهار – جـ ١ – ص ١٦٨ ، جـ ٤ – ص ٤٤٤ هامش (١) – مطبعة المعارف سنة ١٣٤٠هـ ، وقد نظم هذه العلوم في ثلاثة أبيات يقول فيها :

فعلم بحال النفس ثم بديهة ... كذا خبرة ثم المشاهد رابع .

ودائرة والقصد بعد تواتر ... جلى أمور والتعلق تاسع .

وعاشرها تمييز حسن وهذه ... فتلك علوم العقل مهما تراجع .

وراجع: البحر الزخار –جـ ٦ – ص ٢٩٠ وما بعدها حيث يقول : فإن ذهب بعضه فحكومة بحصته .

(٢) في هذا المعنى : د. محمد حسين الشامى – ركن الخطأ في المسئولية المدنية – ص ٦٠٣ ، وهذا المعنى هو الذى قرره صاحب البحر الزخار في فوات بعض السمع حيث يعول على قول عدلين من أطباء المسلمين ، راجع :جـ٦ – ص٢٩١، وقد عول القانون الكويتى على تقدير التعويض فيما دون النفس على تقرير الأطباء بتحديد نسبة العجز ، د. سعيد عبد السلام – المرجع والمكان السابقان .

لـــم يبصرها فخط عند أول ذلك خطاً في الأرض ، ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة ، وأعطى الرجل البيضة بعينها ، فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى خفيت عنه ، فخط – أيضاً – عند أول ذلك خطاً في الأرض، ثم علم ما بين الخطين من المسافة ، وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة ، فأعطاه مقدار ذلك من الدية ، ثم يقول : ويختبر صدقة بإجراء ذلك مراراً شتى في مواضع مختلفة [١]، وهذا مبنى على تساوى قوة إبصار العينين، وهو أمر غير واقع أو صحيح من الناحية العملية ، لأن قوة إبصار العينين قد تختلف اختلافاً كبيراً من جهة طول النظر وقصره فلا يكون لمدى الإبصار أثر في تقدير الضرر .

(٣) الضرر الواقع على النطق :

ويرى بعض الفقهاء : أن طريقة الضرر الواقع على نطق الكلام، يتمثل في قسمة الدية كاملة على عدد حروف النطق الأبجدية وهي ثمانية وعشرون حرفاً [٢]، وبعد البرء يمتحن المعتدى عليه بنطق الحروف كاملة ، وما لا يستطيع نطقه من الدية بحسابه ، وكذلك يسقط ما أبدل نطقه ، وأن يذهب شيىء من الكلام لكن حصلت فيه عجلة أو تمتمة أو فأفأة فعلية حكومة لما حصل في النقص والشين [٣].

---

(١) بدايـــة المجـــتهـــد – حـــ ٢ – ص ٤٢٣ ، راجـــع : حاشية ابن قاسم على الروض المربع – جــ ٧ – ص ٢٦٣، حيـــث نقـــل أنه يمتحن بتقريب شيىء إلى عينه وقت غفلته ، ونقل عن ابن تيمية أنه يقام في الشـــمس فإن لم يطرق فهو صادق ، ويرى أن رأى أهل الخبرة أولى ، ويفضـــل الاستعانة بعلامات مقاييس النظر الحديث .

(٢) ليس من بينها :لا ، فإن مخرجها مخرج اللام والألف ، راجع : المغنى لابن قدامة – جــ ٨ – ص ١٧ .

(٣) المرجع والمكان السابقان ، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم – جــ ٧ – ص ٦٢٣ ، ونقل ابن قاسم عـــن ابـــن تيمية قـــوله : يغرز لسانه بإبرة ، فإن سال منه دم أسود فهو صادق ، المرجع السابق – نفس المكان .

(٤) الضرر الواقع على السمع :

أما الضرر الواقع على السمع فإن تقدير النقص الحاصل بالتعدى عليه إذا كان النقص في كلا أذنيه ، يخضع لحكومة العدل كلية ، فإذا كان النقص في أحد أذنيه امتحن بسد العليلة ، ويخاطبه مخاطب وهو يتباعد حتى يقول لا أسمع ، ثم تسد الصحيحة ، وتمتحن العليلة كذلك ويفرض بقدر المسافة وينبغى أن يجرى من الاختبارات ما يطمئن معه إلى صدق المدعى ، فقد روى عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة :أن رجلاً ضرب امرأة فادعت ذهاب سمعها ، فتشاغل عنها بالنظر في القضايا ، ثم التفت إليها وقال : يا هذه غطى عورتك ، فجمعت ذيلها ، فعلم أنها كاذبة [١]، فالأولى الرجوع إلى أهل الخبرة من الأطباء[٢].

(٥) الضرر الواقع على الشم والذوق :

وفي تقدير الشم ينتقل بالروائح الطيبة والمنتنة ، فإن هش للطيب وتنكر للمنتن ، فالقول قول المعتدى مع يمينه ، وإن لم يبن منه ذلك فالقول قول المعتدى عليه مع يمينه [٣]، والأولى الرجوع إلى أهل الخبرة من الأطباء [٤]، أما الذوق فإنه إذا فات كله تجب ديته كاملة ، وإن فات بعضه ، فتقسم الدية على أنواع المذاق الخمسة ، وهى الحلاوة والمرارة والعذوبة والملوحة والحموضة ، وما نقص من المضروورينقص من الدية بقدره [٥]، والأولى الرجوع إلى أهل الخبرة من الأطباء .

---

(١) راجع : بدائع الصنائع – للكسانى – جـ ٧ – ص ٣٤٧ .

(٢) البحر الزخار – السابق – ص ٢٩١ ، والمغنى لابن قدامه – السابق – ص ١٠ .

(٣) المغنى – السابق – ص ١٢ .

(٤) البحر الزخار – السابق – نفس المكان .

(٥) المغنى لابن قدامه – جـ ٨ – ص ١٩ ، والبحر الزخار – جـ ٦ – ص ٢٩٢ ، وشرح الأزهار لابن مفتاح – السابق –جـ ٤ – ص ٤٤٣ –وما بعدها .

ثانيهما : تقدير الضرر الأدبى في المجالات الأخرى :

ولا يقتصر مجال عمل حكومة العدل في تقدير الضرر ، على الأضرار الأدبية الناشئة عن المساس بسلامة الجسم الإنسانى ، بل تشمل كل أنواع الضرر الأدبى الأخرى ، وفي هذه الحالة فإن الضرر الأدبى إما أن يتمخض عن خسارة مادية ، كما لوكان المضرور تاجراً فتأثرت تجارته بسمعته الأدبية التى نال منها التعدى مما أدى إلى لحوق خسارة مادية به ، بالاضافة إلى الألم الحاصل من التعدى أو يتمخض عن خسارة أدبية محضة ، تتمثل في ألم وشين ونقص معنوى يلحق الإنسان ، ومن المؤكد أن أسلوب التقدير سيختلف في كل حالة عن الأخرى ، فيحسن الإشارة إليه .

(أ) الضرر الأدبى المقترن بخسارة مالية :

في هذه الحالة ينبغى على حكومة العدل أن تحسب مقدار الخسارة التى لحقت بالمعتدى عليه ضمن مقدار التعويض ، ليكون مقدار المال في تلك الحالة، هوالحد القريب الذى يسهل على الحكومة فيه الاقتراب من حقيقة الضرر الحاصل ، وليكون تقدير الضرر الأدبى الممتزج به مما يخضع لتقدير اللجنة الخالص بناء على ما تستشفه من شدة الألم ، أو جسامة الضرر الذى حل بالمعتدى عليه ، كأن يكون قد تعدى إلى أولاده أو بناته وأثر على مستقبلهم وحياتهم [١].

---

(١) وفـــي هــذا المعــنى يقــول الأســتاذ (إسمان) : إن الضرر المتمثل في الاعتداء على التكامل الجسدى له عنصران: الأول يشمل الأضرار القابلة للتقدير النقدى ، والثانى يتضمن الأضرار غيرالقابلة للتقدير النقدى، وفــيما يتعلق بالضرر المالى فإن الفقه يتفق على أنه يتمثل فيما لحق المضرور من خسارة كتكاليف العلاج ومــا فاتــه مــن كسب وهو فقد الأجرة ، وفوات فرصة الكسب ، مشار إليه في : د. سعيد عبد السلام – التعويض عن ضرر النفس – ص ٦٨ ومابعدها .

(ب) الضرر الأدبى الخالص :

وفي هذه الحالة لا مانع من الاستعانة بمعايير التقدير الأخرى التى سلفت وعلى الأخص المعيار الافتراضى ، فمثلاً لوكان الضرر الأدبى الواقع على شرف الإنسان متمثلاً في فوات البكارة ، فإنه يمكن تقدير الضرر من خلال افتراض مهر المعتدى عليها بكراً ، ومهرها ثيباً ، وفرق التقديرين يمثل مقدار التعويض المستحق عن فوات البكارة(١)، ومع ذلك فإن طبيعة هذا النوع من الضرر ستظل ميداناً فسيحاً لإعمال مبدأ مرونة التقدير إلى أبعد مدى ، وهذا المبدأ وإن لم يصب عين التقدير الكامل ، فهو على الأقل يصيب قدراً كبيراً من الصواب فيه ، وقد قيل : إن بعض الشيىء أولى من لا شيىء ، وما لا يدرك كله لا يترك كله .

الموضوع الثالث

الكفـــــارة

والكفارة عقوبة أصلية تدخل ضمن العقوبات المقدرة شرعاً ، وهي تتمثل في عتق رقبة مؤمنة ، فمن لم يجدها ، أو يجد قيمتها يتصدق بها ، فعليه صيام شهرين متتابعين ، فالصوم عقوبة بديلة لا تكون إلا إذا امتنع تنفيذ العقوبة الأصلية .

والأصل فيها قوله تعالى : "ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ، ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة،وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله(٢)".

---

(١) راجــع فــي هذا المعنى : المغنى لابن قدامه – جـ ٨ – ص ٥١ ، حيث يقرر : أن أرش البكارة داخل في مهر البكر لأنه أعلى من مهر الثيب .

(٢) سورة النساء – الآية ٩٢ .

ويبدو من هذا القول الكريم ، أن الكفارة إنما شرعت في القتل الخطأ ، ولهذا اتفق الفقهاء على أنها واجبة فيه لدلالة النص القطعية في ذلك ، ويلحق بالخطأ في وجوب الكفارة ، القتل شبه العمد لأنه يشبه الخطأ من وجه عدم خلوص القصد فيه ، أما وجوبها في القتل العمد فقد اختلف فيه الفقهاء إلى قولين :

أولهما : للشافعي وأحمد في قول : حيث ذهبا إلى أنها تجب في العمد ، وذلك لما رواه واثلة بن الأسقع قال : أتينا النبي – صلى الله عليه وسلم – بصاحب لنا قد أوجب بالقتل ، فقال : اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى فيها بكل عضو منها عضواً منه من النار [1]، ولأنها وجبت في القتل الخطأ مع عدم المأثم ، فلأن تجب في القتل العمد مع وجود المأثم من باب أولى [2]، ويرى الإمام مالك أن الكفارة لا تجب في القتل العمد ، ولكنها مطلوبة على سبيل الندب في العمد الذى لم يقتص فيه ، سواء أكان عدم القصاص راجعاً لمانع شرعي أوللعفو [3].

ثانيهما : لأبى حنيفة والمشهور في مذهب أحمد ، حيث ذهبا إلى أنه لاتجب الكفارة في القتل العمد ، وقد استدلوا لما ذهبوا إليه ، بأن النص الخاص بالقتل جاء خلواً من الكفارة ، وأن الله تعالى جعل جزاء القتل العمد ، القصاص من القاتل ، وجهنم خالداً فيها ، ومفهوم هذا أنه لاكفارة في القتل العمد ، وقد روى أن سويد بن الصامت قتل رجلاً في عهد النبى – صلى الله عليه وسلم – فأوجب عليه القود ، ولم يوجب كفارة ، وأن عمرو بن أمية الضمرى قتل رجلين في عهد النبى – صلى الله عليه وسلم – فوداهما ولم يوجب كفارة [4].

---

(١) المهذب للشيرازى – جـ ٢ – ص ٣٣٤ .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) مواهب الجليل – جـ ٦ – ص ٢٦٨ .

(٤) المغنى لابن قدامه – جـ ١٠ – ص ٤٠ .

ويستند أبوحنيفة في عدم وجوبها بالقتل العمد ، إلى أن الكفارة دائرة بين العقوبة والعبادة ، فوجب أن يكون سببها دائراً بين الحظر والإباحة ، لتعلق العبادة بالمباح والقتل بالمحظور ، وقتل العمد كبيرة محضة ، فلا تناظر به الكفارة ، ولأن الكفارة عقوبة مقدرة فلا يجوز إثباتها بالقياس ، وإنما لابد من النص عليها [1].

والرأي الثاني هو الذي يترجح في نظرنا ، وذلك لغلبة معنى الجزاء على الكفارة ، ولهذا فإنها لا تثبت بالقياس ، ولا تتعين إلا بالنص عليها ، وفي الموطن المحدد لثبوتها .

الموضوع الرابع

الحرمان من الميراث

والحرمان من الميراث عقوبة تبعية ، أي تتبع عقوبة أخرى وتنشأ بسببها ، وهي توقع على القاتل تبعاً للعقوبة الأصلية ، وهي القتل أو الدية ، وذلك لقوله – صلى الله عليه وسلم – :" لا ميراث لقاتل " ، وفي رواية أخرى :" ليس لقاتل ميراث [2]" .

وقد اتفق الفقهاء على أن القاتل عمداً لا يرث من قتيله مطلقاً ، لكنهم اختلفوا في حكم القتل غير العمد ، ويمكن رد أقوالهم في تلك المسألة إلى قولين :

أولهما : لأبى حنيفة ، والراجح في مذهب الشافعية ، وحاصل قولهم: إن القاتل يحرم من الميراث مطلقاً ، سواء أكان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ ، وسواء أكان بالمباشرة أم بالتسبيب ، وسواء أكان بحق أم بغير حق ،

---

(١) البحر الرائق – جـ ٨ – ص ٢٩١ .

(٢) راجـع : مختصـر سـنن ابن ماجه للدكتور مصطفى البغا – ص ٣٣٩ – رقم ٢٦٤٦ –طبعة دار العلوم الانسانية بدمشق .

وسواء أكان القاتل مكلفاً أم غير مكلف ، وذلك سداً لذرائع التعدى على النفوس، ومنع المورث من استعجال الميراث [1]، بيد أن الحنفية قد اشترطوا أن يكون القاتل بالغاً عاقلاً ، وأن يكون القتل في العمد وشبهه عدواناً ، فإن كان القتل دفاعاً عن النفس فلا يكون القتل مانعاً من الميراث [2]، ولم يوجب المالكية حرمان القاتل من الميراث إلا في القتل العمد العدوان [3].

ثانيهما : لبعض فقهاء المذهب الشافعي وأحمد ، وهم يفرقون بين القتل المضمون ، والقتل غيرالمضمون ، ويرون الحرمان من الميراث إذا كان القتل مضموناً لأنه قتل بغير حق ، وإما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث لأنه قتل بحق ، وذلك كالقتل دفاعاً عن النفس ، والقتل قصاصاً ، وقد عللوا حرمان الصبى والمجنون من الميراث مع أن كليهما ليس أهلاً للمساءلة ، بأن ما فعله أحدهما هو فعل محرم ، لكنه لم يعاقب عليه عقوبة الحد لقصور أهليته ، وامتناع القصاص لقصور الأهلية ، لا يمنع من حرمان الميراث ، بل إن الاحتياط يقتضى المنع من الميراث صوناً للدماء [4].

وقد أخذ قانون المواريث رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٣ في المادة الخامسة منه، بأن يكون العمد في القتل شرطاً للحرمان من الميراث ، حيث نصت المادة المذكورة على أنه : " من موانع الإرث قتل المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً ، أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالقتل وتنفيذه إذا كان القتل بغير حق ، ولا عذر ، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الإعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي " .

---

(١) البحر الرائق – جـ ٨ – ص ٤٤٨ ، وما بعدها ، والمهذب للشيرازى – جـ ٢ – ص ٢٦ .

(٢) البحر الرائق – المكان السابق .

(٣) الشرح الكبير – جـ ٤ – ص ٤٨٦ .

(٤) الاقناع – جـ ٣ – ص ١٢٣ .

الغصن الثاني

الحـــــدود

الحد لغة : المنع ، ولذلك سمى البواب حداداً لمنعه الناس عن الدخول[1]، وسميت العقوبات حدوداً ، لأنها تمنع من ارتكاب موجباتها وهي الجرائم الحدية المنصوص عليها ، وحدود الله محارمه ، لأنها ممنوعة [2]، بدليل قوله تعالى : " تلك حدود الله فلا تقربوها [3]" ، وحدود الله أحكامه ، أي أوامره ونواهيه [4]، التى لايجوز أن يتعداها الانسان ، وسميت حدوداً لأنها تمنع من التخطى إلى ما وراءها [5].

وفي اصطلاح الفقهاء : عرفه الحنفية بأنه : عقوبة مقدرة واجبة حقاً لله تعالى [6]، فلايسمى القصاص حداً لأنه حق العبد ، ولا التعزير لعدم التقدير فيه، والمراد من كونها حقاً لله تعالى : أنها شرعت لصيانة الأعراض والأنساب والأموال والعقول والأنفس عن التعرض لها [7]. غير أن بعض تلك الحدود قد تتمخض عن حق خالص لله تعالى ، كما في حد الزنا وشرب الخمر ، وقد يشترك فيه الحقان ، حق الله ، وحق العبد ، كما في حد القذف [8].

---

(١) المعجم الوجيز – ص ١٣٩ ، فتح القدير للكمال من الهمام – جـ ٥ – ص ٢١٢ – طبعة الحلبى والاقناع – جـ ٤ – ص ٢٤٤ ، والمحلى لابن حزم – جـ ١١ – ص ١١٨ .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) سورة البقرة – من الآية ١٨٧ .

(٤) المعجم الوجيز – المكان نفسه .

(٥) د. وهبة الزحيلى – الفقه الإسلامي وأدلته – جـ ٦ – ص ١٢ – طبعة دار الفكر سنة ١٩٨٧م.

(٦) فتح القدير – السابق .

(٧) فتح القدير – ص ٢١١ ، وما بعدها ، ومغنى المحتاج – جـ ٤ – ص ١٥٥ .

(٨) في هذا المعنى : د. وهبة الزحيلى – السابق .

ومعنى التقدير في الحدود ، أن الشارع الحكيم هو الذى عين نوعها وحدد مقدارها ولم يترك اختيارها أو تقديرها لولى الأمر أو القاضى (١).

وغنى عن البيان ، أن كل ما شرعه الله تعالى يحقق مصلحة للعبد حتى ولو كان حقاً خالصاً لله تعالى ، لأن الأفراد هم المستفيدون من تقرير تلك الأحكام ، ولهذا أحسن الجمهور حين عرفوا الحدود بأنها : عقوبة مقدرة شرعاً، سواء أكانت حقاً لله أم للعبد (٢).

ومع أن إقامة الحدود وتنفيذها يمثل رعاية لحق الله تعالى ، فإنها تنقسم إلى قسمين :

أولهما : ما يتوقف إثباته وتنفيذه على وجود خصومة حقيقية وطلب من المجنى عليه أو ورثته وذلك مثل حد القذف ، وحد السرقة ، لما فيه من تعلق حق العبد به .

ثانيهما : ما لا يتوقف إثباته وتنفيذه على وجود خصومة حقيقية ، بل يستطيع أي مسلم الإدعاء بها والشهادة عليها وفاء لحق الله تعالى ، وقياماً بمصلحة المجتمع التى يعود عليه حفظها ، وهذه الحدود ، هي حد الزنا ، وحد شرب الخمر ، وحد الردة ، وحد قطع الطريق أو الحرابة .

ويترتب على تقسيم الحدود من جهة توقفها على الخصومة والطلب أو عدم توقفها على ذلك ، أن القسم الثاني ، وهو الذى لا يتوقف على خصومة أو طلب لا يقبل العفو ولا تجوز فيه الشفاعة ، لا من قبل ولي الأمر ، ولا من قبل من يدعى بها ، أو يشهد عليها ، ولا من غيرهما .

وأما القسم الأول فيجوز الشفاعة فيه والعفو عنه ما لم يصل إلى الحاكم، فإذا وصل إلى الحاكم فلا تجوز الشفاعة ، وذلك لما أخرجه الدارقطنى من

(١) عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الإسلامى – جـ ٢ – ص ٣٤٤ .
(٢) مشار إلى هذا التعريف منسوباً للجمهور ، في : د . وهبة الزحيلى – السابق .

حديث الزبير مرفوعاً :" اشفعوا ما لم يصل إلى الوالى ، فإذا وصل إلى الوالي فعفا ، فلا عفا الله عنه [١]" ، ولما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً : " تعافوا الحدود فيما بينكم ، فما بلغنى من حد فقد وجب [٢]" ، وقد أجمع الفقهاء على أنه يجب على السلطان إقامة الحد إذا بلغه [٣].

ولعل جواز الشفاعة فيه مرده إلى أن الدعوى الجنائية فيه لاتتحرك إلا بناء على شكوى من المجنى عليه ، وفي ضوء إجماع أهل العلم على ذلك ينبغى حمل الأحاديث التى تفيد النهى عن الشفاعة مطلقاً على حالة ما إذا كان ذلك قبل أن يتم تحريك الدعوى من قبل المجنى عليه ، ووصول الأمر للحاكم ، ومن تلك الأحاديث ، ما رواه الصحيحين من حديث عائشة في قصة المرأة المخزومية حين سرقت وذهب اسامة ابن زيد يشفع لها عند رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال له : " أتشفع في حد من حدود الله ؟" [٤]، وما روى عن ابن عمر أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال :" من حالت شفاعته دون حد من حدود الله ، فهو مضاد الله في أمره [٥]"، حيث ينبغى حمل تلك الأحاديث وأمثالها في الدلالة على ما إذا كانت الشفاعة بعد رفع الأمر للحاكم ، أما قبله فتحمل على الأحاديث الواردة في الترغيب في الستر على المسلم ، فيكون الستر هو الأفضل قبل الرفع للإمام ، ويجب أن تتوافر شروط التنفيذ كاملة ، ومنها انتفاء الشبهة ، فإذا وجدت أدنى شبهة فإنها تدرأ الحد ، ويئول أمر العقاب إلى التعزير الملائم لحال الجاني بما يصلحه .

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني – جـ ٧ – ص ١٢١ .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) المرجع نفسه .

(٤) المرجع نفسه .

(٥) المرجع نفسه – ص ١٢٠ .

موجبات الحدود :

وموجبات الحدود وفقاً لما قرره الشارع هي : القتل في الردة ، والرجم للزاني المحصن ، والجلد لغير المحصن ، أما الجلد فإنه ثابت بقوله تعالى : " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة (١)"، وأما الرجم فإنه قد ثبت بما نسخ لفظه وبقى حكمه من كتاب الله - تعالى - ، فقد أخرج أحمد والطبراني في الكبير من حديث أبى أمامة بن سهل عن خالته العجماء :" أن فيما أنزل الله من القرآن الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة بما قضيا من اللذة (٢)" ، ولما روى عن جابر - رضى الله عنه - انه - صلى الله عليه وسلم - رجم ماعز بن مالك ، وكان محصناً (٣).

ومن موجبات الحدود ، قطع اليد في السرقة ، لقوله تعالى : " السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله (٤)" ، والجلد ثمانين جلدة في القذف ، وثمانين في شرب الخمر، وأما حد الحرابة أو قطع الطريق ، فإن موجبه أربعة أنواع من العقوبات بحسب ما تتمخض عنه الجريمة عند الحنفية :

فإن أخذوا المال ، تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف .
وإن قتلوا فقط ، قتلوا من غير قطع أو نفي .
وإن قتلوا وأخذوا المال يقتلوا ويصلبوا .
وإن أخافوا المارة وقطعوا الطريق دون جناية على أحد يحبسوا ويعزروا (٥).

---

(١) سورة النور - من الآية ٢ .
(٢) نيل الأوطار للشوكانى - جـ ٧ - ص ١٠٢.
(٣) رواه أحمد - المرجع السابق - ص ٩٨ .
(٤) سورة المائدة - من الآية ٣٨ .
(٥) المبسوط للسرخسى - جـ ٩ - ص ١٩٥ ، وتبيين الحقائق للزيلعى - جـ ٣ - ص ٢٣٥.

المقصد الثاني

الجزاء المدني

الجزاء المدنى ؛ هو الأثر الناشئ عن التزام إرادى أو إلزام شرعى، وفيما يتعلق بالالتزام الإرادى فإنه ينشأ عن الارتباط بعقد من العقود ، وذلك ما يسمى بالإرادة المرتبطة ، كما أنه يمكن أن يكون ناشئاً عن إلزام الإنسان لنفسه ، وهو ما يعرف بالإرادة المنفردة ، وذلك كما في الجعالة ، أو الالتزام بتقديم مكافأة على عمل معين ، والالتزام بالإرادة المرتبطة ، أو بالإرادة المنفردة ، يجب الوفاء به ، ويحرم الحنث فيه ، حتى جعل النبى – صلى الله عليه وسلم – نكث العهود من علامات النفاق ، وذلك فيما روى عنه أنه قال : " آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان [١]" فجعل الخلف في الوعد من علامات المنافقين ، وفي هذا تحذير منه ، ودليل على حرمته ، ومما يدل على وجوب الوفاء بالعقود والعهود ، قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود [٢]" ، وقوله تعالى : " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً [٣] ".

وبناء على ذلك ، فإنه يجب على الملتزم أن يفى بما ألزم به نفسه بالعقد، أو بالإرادة المنفردة اختياراً ، ومن تلقاء نفسه ، فإذا لم يؤد ما وجب عليه اختياراً ، فإنه يلزم بأن يؤديه إجباراً ، وذلك بأن يلزمه القاضى بالتنفيذ ويجبره عليه عيناً ما دام ذلك ممكناً .

---

(١) متفق عليه ، وفي رواية لمسلم : وان صام وصلى وزعم أنه مسلم ، رياض الصالحين – للنووي – ص ٢٨٢ – تحقيق الشيخ ناصر الألباني .

(٢) أول سورة المائدة .

(٣) سورة الإسراء – من الآية ٣٤ .

وقد ارتقى الفقه الإسلامي بالوفاء درجة جعلت الإخلال به مخالفة شرعية يمكن أن تضع صاحبها تحت طائلة العقاب ، وذلك إذا كان المدين قادراً على الوفاء وماطل فيه ، وذلك لقول النبى – صلى الله عليه وسلم – : " مطل الغنى ظلم يحل عرضه وعقوبته [1]" فإذا امتنع عن الوفاء فإنه يضمن ضمان العقد ، وذلك بأداء ما التزم به عيناً إذا كان محل الالتزام قائماً لم يهلك ، أو لم يخرج من تحت يده بسبب غير مشروع كالغصب أو السرقة ، أو كان تنفيذه عيناً لا يقتضى المساس بالحقوق الإنسانية للمدين ، وفي هذه الحالة ينتقل الوفاء إلى المقابل ، وهو القيمة في حالة الالتزام بأداء الأشياء ، أو التعويض المادى في حالة الالتزام بالقيام بعمل كإجراء عملية جراحية ، أو صنع شيىء معين ، أو الامتناع عن عمل ، وذلك كما في حالة الامتناع عن المنافسة ، والمسئولية هنا تسمى بضمان العقد ، وهي تقابل المسئولية العقدية في القانون الوضعى .

أما الإلتزام غير الإرادي ، فإنه التزام بناء على سبب غير مقصود للمدين، ويكون ملزماً بمقتضاه أن يوفى ما يجب عليه الوفاء به ، وذلك كما لو الحق بمال الغير ضرراً ، أو أتلف له شيئاً أو اعتدى عليه بما يوجب الضمان ، فإنه في تلك الحالة يجب عليه أن يضمن ما أسفر عنه خطؤه ، والضمان هنا يقابل المسئولية التقصيرية في فقه القانون .

(١) ضمان الضرر :

والضرر لغة : يراد به ما هو ضد النفع ، وما يدخل الاعيان من التلف والنقص [2].

---

(١) رواه الخمسة عن أبي هريرة ، راجع : التاج الجامع – ص ٢٢٥ .

(٢) مختار الصحاح – ص ٣٧٩ ، دار الفكر ، ولسان العرب – لابن منظور – جـ ٢ – ص ٢٥٧٣ ، مادة ضرر ، والمصباح المنير – مادة ضرر .

وهو في اصطلاح الفقهاء يقصد به : الأفعال الموجبة للضمان (١)، ولهذا عرفه بعض الباحثين والمعاصرين بانه : إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً ، أو هو كل أذى يلحق بالشخص ، سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه، أم عاطفته، فيسبب له خسارة مالية ، سواء بالنقص أم بالتلف المادى ، أم بنقص المنافع ، أو زوال بعض الأوصاف المقصودة (٢).

وفي نظرنا أنه : إلحاق مفسدة بالغير في ماله أو نفسه أو شرفه أو اعتباره ، أومشاعره .

ويشترط لوجوب التعويض عن الضرر ما يلى :

أولاً : أن يكون الضرر محققاً :

ويكون الضرر محققاً بوقوع الفعل الضار ، وما لم يتم وقوعه فلا يكون للضرر وجود لأنه لم يتحقق ، وعليه فإنه إذا اقتصر الأمر على مجرد نية الإضرار، فإن الضرر لا يتحقق (٣)، لأن حديث النفس معفو عنه ، بقول النبى – صلى الله عليه وسلم – : " إن الله تجاوز لأمتى عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل (٤)" .

ثانياً : أن يكون الضرر مباشراً :

والضرر المباشر ، هو الذى يحصل التلف بفعله من غير أن تتخلل بين التلف وفعله ، فعل مختار ، فيجب أن يحدث الضرر بفعل المسئول سواء حصل التلف بالفعل مباشرة ، كأن يموت من ضربه فوراً ، أوتحدث الضربة أوالصدمة

---

(١) كتابنا : الضرر الأدبى في الفقه الاسلامى والقانون – ص ٣٤ – دار المريخ .

(٢) المرجع نفسه ، والشيخ على الخفيف – الضمان في الفقه الإسلامى – ص ٤٦ ، ومابعدها ، والمسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون – رسالة محمد فوزى فيض الله – كلية الشريعة ، سنة ١٩١٢ – ص ١١٧ .

(٣) الضرر الأدبى – السابق – ص ٧٧ .

(٤) أخرجه البخاري وأبو داود ، راجع : إرواء الغليل للألباني – جـ ٧ – ص ١٣٩ .

به إصابة تسبب موته ، فلو حدث الضرر بسبب قوة قاهرة ، كما لو وضع شيئاً في الطريق وحدث سيل أزاحه عن موضعه فأتلف شيئاً أو قتل إنساناً لا يضمن الواضع ، وكما لو جرح إنساناً فدخل المستشفى ، وانقطع النور في غرفة العمليات فمات في أيدى الأطباء ، أو أعطوه دماً من غير فصيلته ، أو دواء لا تحتمله حالته فمات بسبب لا يضمن الجارح الوفاة ، وكذلك يشترط عدم تدخل شخص آخر غير المسئول ، كما لو حفر بئراً فألقى آخر المجنى عليه فيه فإنه لا يضمن الحافر ، ولا ينتفى خطأ المضرور ، كما لو ضرب دابة غير فركلته فمات فدمه هدر ، أو أعطى شخصاً آلة فقتل نفسه بها [1]، وقد جرى اصطلاح الفقهاء على أن المباشر ضامن وأن لم يتعمد ، وإن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدى ، وأنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر .

ثالثاً : أن يكون الضرر شخصياً :

ويشترط لكى يكون الضرر موجباً للضمان ، أن يكون ماساً بالمعتدى عليه في شخصه ، وذلك كما لو وقع الضرر عليه مباشرة ، أو تعدى منه إلى ورثته فألحق بهم الحزن عليه ، وأنقص موارد معيشتهم بسبب موته ، فإذا لم يكن الضرر شخصياً بأن كان منصباً على المجتمع الذى يعيش فيه ، أو الدولة التى ينتمى إليها ، أو المدينة التى يقطنها ، فإن الضرر لا يكون قد وقع عليه مباشرة ، ولا يكون صاحب حق في التعويض ، كما لا يكفى التعريض بالقذف إلا إذا كان مفصلاً على المقذوف بما يمكن فهم معناه بسهولة ، وجمهور أهل العلم على أن القذف الموجه إلى جماعة يعتبر ضرراً شخصياً يوجب التعويض[2].

---

(١) راجع : في تفصيل ذلك ؛ كتابنا : الضرر الأدبى – السابق – ص ٧٨ ، وما بعدها ، والمراجع المشار إليها بحواشى تلك الصفحات .

(٢) المرجع نفسه – ص ٩٥ .

رابعاً : أن يكون الضرر تعدياً :

فإذا كان من أحدث الضرر قد استعمل حقه فإنه لايضمن ، وقد عبرت عن ذلك مجلة الأحكام العدلية بقولها : " الجواز الشرعي ينافي الضمان ، فلو حفر انسان في ملكه حفرة ، فوقع فيها حيوان رجل وهلك ، لا يضمن حافر البئر شيئاً [1]" .

(٢) ضمان العقد وحالاته :

يجب لضمان العقد أن يكون العقد صحيحاً مستوفياً لأركانه وشروطه ، ولم يقترن به من الشروط ما يقضى بتراخي آثاره ، فإنه مع تلك الشروط لا يكون سارياً وملزماً للمدين على نحو يتسنى إجباره على الوفاء به إلا إذا انتهى المدى الذي تتراخى إليه تلك الآثار وذلك بإزالة العوائق التى تمنع مضيه ، والأسباب التى تقضى بوقف آثاره ، ثلاثة أسباب :

الأولى : أن يكون العقد موقوفاً :

والعقد الموقوف ، هو الذى يتوقف نفاذه على إرادة طرف ثالث غير عاقدية ، وذلك لصدوره من طرف لا يملك سلطة إنفاذه ، لانعدام ملكيته للشيىء الذى يرد عليه العقد ، أو لعدم ولايته لافتقاد الأهلية الكاملة لإبرام التصرف ، فمن يفتقد الأهلية الكاملة لمباشرة نوع من التصرف كالسفيه ، والصبي المميز يكون عقده موقوفاً على إجازة وليه ، ومن يبيع ملك غيره يسمى فضولياً يتوقف تصرفه على إجازة من له الإجازة وهو مالك الشيىء ، ويكون عقده موقوفاً لذلك .

وليس كل من يبيع ملك غيره متعدياً ، أو نصاباً ، لأنه بهذا البيع قد يكون له قصد حسن وغاية مشروعة ، منها المحافظة على مال الغائب ببيعه اغتناماً لفرصة قد تفوت ولا يحين مثلها ، ولما يغلب على ظنه أن مالكه إذا

---

(١) مادة (٩١) من المجلة .

علم بالبيع بعد عودته ، فلن يتردد في إمضائه وإجازته ، وربما يكون مع المتصرف موافقة سابقة منه على التصرف ، لكنه أراد أن يرجئ تنفيذها إلى حين حصول فرصة البيع المناسبة ، وقد يكون المالك مختصاً بحصة من عقار يشاركه فيه البائع ، ولو باع نصيبه منه دون نصيب المالك ، فإن ذلك قد يكون بخساً له ، فيعمد إلى بيع العقار كله قطعة واحدة بسعر أعلى لكل منهما ، على أن يترك أمر الإجازة فيما يجاوز حصته لصاحبه ، ومن ثم يبدو أن تصرف الفضولى ليس شراً كله ، وإنما قد يكون مبعثه تحقيق الخير والمصلحة لمن تصرف في ملكه ، ولهذا ذهب جمهور أهل العلم في المذاهب الأربعة ، الأحناف والمالكية ، وأرجح روايتين عن الشافعية ، والحنابلة ، إلى أن العقد الموقوف عقد صحيح صدر من أهله مضافاً إلى محله ، ومن ثم يكون قد استوفى شروط الانعقاد وصحته [1]، بيد أن صحة هذا العقد لا تمنع من أن يكون موقوفاً على إجازة من له الإجازة .

بينما ذهب بعض أهل العلم إلى أن العقد الموقوف غير صحيح من أول الأمر ، لأن الولاية شرط للإنعقاد ، والعقد لا يكون صحيحاً إلا إذا صدر عن ذي أهلية وولاية معاً ، والعقد الصحيح لا يكون إلا نافذاً[2]، وهذا رأي الشافعى في الجديد .

والرأى الراجح في نظرنا هو رأي الجمهور ، وذلك لوجاهة مستنده ، ولما فيه من تيسير على الناس في معاملاتهم ، حيث لا يوجد مانع من تدخل شخص في شئون غيره على نحو يتوخى مصلحته ، طالما ان القرار النهائي في مصير ذلك العقد سوف يكون بيده ، وسيتوقف على إجازته .

---

(١) فتح القدير – جـ ٥ – ص ٣٠٩ ، وما بعدها ، والفروق للقرافى – جـ ٢ – ص ٢٤٣ ، والمهذب للشيرازى – جـ ١ – ص ٢٦٢ ، ونهاية المحتاج – جـ ٣ – ص ٢٣ ، والمغنى لابن قدامه – جـ ٤ – ص ٢٠٥ ، وما بعدها – القوانين الفقهية لابن جزى – ص ٣٣٨ .

(٢) مغنى المحتاج – السابق ، كشاف القناع – جـ ٢ – ص ١١ ، والمحلى لابن حزم – جـ ١ – ص ٤٣٤.

ولهذا ، فإن العقد الموقوف بسبب نقص الأهلية ، او افتقاد الملك ، يكون صحيحاً ويتوقف في حالة نقص الأهلية على إجازة الولى ، وفي حالة افتقاد الملك على إجازة المالك ، فإن أجازه اعتبر الفضولى وكيلاً ونفذ العقد ، وإلا كان باطلاً ، ولم يأخذ القانون المدنى المصرى ، بنظام العقد الموقوف ، ففرق في الجزاء بين نقص الأهلية وجعل جزاء العقد فيها القابلية للابطال لصالح ناقص الأهلية ، وأما جزاء بيع ملك الغير ، فإنه لا يكون نافذاً في مواجهة المالك الحقيقي إلا إذا أجازه ، أما فيما بين المتعاقدين فيكون العقد صحيحاً منتجاً لآثاره جميعا (١).

الثانية : العقد غير اللازم :

والعقد غير اللازم هو الذى يعترى تنفيذه حق أحد المتعاقدين في أن يرجع فيه بإرادته المنفردة ، دون توقف على رضا الطرف الآخر ، ويكون العقد غير لازم إذا كانت طبيعته تقتضى ذلك ، بأن كان الرجوع فيه لا يتوقف على إرادة الطرف الآخر ، لأنها لا تتعلق بمركز قانوني تتمسك به ، أو يصلح لأن يكون نداً لمركز الطرف الذي يريد الرجوع حيث تستقل إرادته بتحمل التزامات العقد وحدها ، وذلك كالوديعة والعارية والوكالة ، فالمودع لديه متبرع بالحفظ ، وليس له مصلحة في بقاء الوديعة تحت يده ، والمودع يتمتع بحرية التصرف التى تجعله قادراً على استرداده ، والموكل يتلقى الوكالة دون إلزام باستمرارها فيملك الرجوع فيها ، كما أن الوكيل يعطى وكالته للمدى الزمنى الذى يريده ، أو إنجاز العمل الذي يرغب في إنجازه ، وله أن يرجع عند انتهائه أو عند ما يريد ، والمعير متبرع بمنفعة الشيىء ، فله أن يسترده عندما يريد ، حيث لا يوجد ما يلزمه باستمرار التفريط في منفعته ، عملاً بقول الله تعالى : " ما على

---

(١) د. محمود عبد الرحمن – السابق – ص ٨١ .

المحسنين من سبيل [(١)]"،كما أن المستعير لم يبذل في مقابل الإعارة عوضاً يعطيه حق التمسك ببقاء الشيىء المعار تحت يده ، فلم يغرم شيئاً حتى يغنم ما يقابله ما تجرى به إرادته ، ومن ثم كان لصاحب الإرادة الطليقة من الالتزام في تلك العقود أن يرجع في العقد .

وقد يكون العقد لازماً لأحد الطرفين دون الآخر ، كالمرتهن في عقد الرهن ، والمكفول في عقد الكفالة ، فإن الرهن مقررلمصلحته ، وله أن يتنازل عنها ، ولا يملك الراهن ذلك لأنه ملتزم بإبرام الرهن ولا يملك الرجوع فيه ، كما أن المكفول مستفيد من الكفالة وله أن يستغنى عنها ، ولايملك الكفيل ذلك لأنه ملتزم أمام الدائن ، فلا يملك الفرار من ذلك الالتزام بإرادته وإلا كان مخلاً بالتزامه على نحو لا يمنع من مساءلته عما التزم به .

وقد يكون العقد لازماً لطرفيه بحسب الأصل كعقد البيع ، إلا أنه قد تطرأ عليه أسباب تخلع عنه صفة اللزوم ، كما لوكان البائع قد اشترى مالم يره ، فيكون بالخيار إذا رآه ، عملاً بحديث النبى – صلى الله عليه وسلم – : من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه [(٢)]" ، حيث دل هذا الحديث على أن خيار الرؤية مما يثبت للمشترى في بيع ما لم يره ، وذلك عند رؤية المبيع . وكما لو رأى المشترى في المبيع عيباً كان موجوداً بالمبيع قبل أن ينتقل إليه ، فإن له أن يرجع في المبيع [(٣)]، وكذلك الأمر في حال خيار الشرط ، فإذا اشترى الشخص شيئاً على أن يكون له الخيار مدة معينة ، فإن له أن يرجع خلال تلك المدة حيث لايصير العقد لازماً إلابعد مضيها ، يدل على ذلك ما روى أنه –

---

(١) سورة التوبة – من الآية ٩١ .

(٢) أخرجه الدار قطني في سننه ، راجع : نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية – جـ ٤ – ص ٩.

(٣) وذلك عملاً بحديث النبى – صلى الله عليه وسلم : " من اشترى شاة مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر " ، رواه الأربعة ، راجع : التاج الجامع للاصول مرجع سابق – ص ٢٠٣ ، والشاة المصراة : هى التى ترك لبنها أياماً ليكبر ضرعها فتشتد الرغبة فيها .

صلى الله عليه وسلم – قال لحبان بن منقذ – وكان يغبن في البياعات – وفى رواية أنه قال لمنقذ الذي كان قد ضرب على رأسه في الجاهلية ، فخبلت لسانه وجعلته يخدع في البيع ، فقال له النبى – صلى الله عليه وسلم – : ".بايع وقل : لا خلابة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاثة أيام ، إذا رضيت فأمسك ، وأن سخطت فارددها على صاحبها [١]" ، وبالجملة فإن كل عقد مقترن بالخيار يكون غير لازم لصاحب الحق في الخيار ، وحق إلغاء العقد بإرادة أحد المتعاقدين وارد في القانون المدنى المصرى ، على غرار ما هو مقرر في الفقه الإسلامى ، فيكون لكل من المتعاقدين في بعض العقود ، كما في الوكالة والشركة غير محددة المدة ، والعارية والوديعة ، وقد يكون لأحد المتعاقدين دون الآخر ، كما في الهبة والقرض إلا أنه لا يأخذ بنظام الخيارات في العقود ، واستعاض عنها بنظام تقترب أحكامه منها ، وهو الالتزام المعلق على شرط واقف أوفاسخ ، والالتزام التخييرى ، ولعله يأخذ بنظام الخيارات وفقاً لما قرره الفقه الإسلامي تحصيلاً لما يكفله هذا النظام من توفير الرضا الكامل بالعقد ، ودفع أي ضرر يلحق بطرفيه [٢].

الثالثة : تلبس العقد بالفساد :

إذا نشأ العقد متلبساً بالفساد ، فإنه لا يترتب عليه أثره ، والعقد الفاسد هو ما شرع بأصله دون وصفه [٣]، وهو يختلف عن العقد الباطل حيث لا يكون الأخير مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه ، ولهذا فإن البطلان يساوي العدم ، ويكون العقد الموصوف به لا وجود له ، ولا يترتب عليه أثر أصلاً ، ولم يقل

---

(١) رواه البخارى في تاريخه ، وابن ماجه والدار قطنى ، راجع: نيل الأوطار للشوكانى – جـ ٥ – ص ٢٠٦ ، وما بعدها ، والخلابة ، بكسر الخاء وتخفيف اللام ، هي الخديعة ، ومعنى : لا خلابة أي لا خديعة .

(٢) في هذا المعنى د. محمود عبد الرحمن – السابق – ص ٨٢ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني – جـ ٥ – ص ٣٠٤ .

بتلك التفرقة سوى الحنفية ، وأما الجمهور فالفساد والبطلان عندهم في منزلة سواء ، ووافقهم الحنفية في عقد النكاح .

ولما كان العقد الفاسد مشروعاً بأصله ، فإنه - وبحكم تلك المشروعية- يكون صالحاً لترتيب آثاره عليه ، لكن تلك الصلاحية يعتريها وصف غيرمشروع يعرقل مضيها وذلك كالبيع إذا وقع على مبيع مجهول ، والإجارة إذا وقعت على مدة غير معلومة أو ثمن غير محدد ، فإن البيع مشروع بأصله لتضافر الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع في بيان تلك المشروعية ، كما أن الإجارة مشروعة - كذلك - لتضافر الأدلة الشرعية في بيان مشروعيتها إلا أن وقوع الجهالة في عقد البيع ، وعدم تحديد الثمن أوالمدة في عقد الإجارة ، جعل كلاً من هذين العقدين فاسداً لجهالة الوصف الذي لحق ركناً من أركان العقد ، فإذا زال الفساد من الوصف ، فإن العقد يتحول إلى عقد صحيح معافي من وصمة الفساد ، وتترتب عليه كافة آثاره ، وقبل ذلك الزوال يكون العقد فاسداً مغلول الأثر لا يصلح لترتيب أحكامه ، ولا يستطيع أي من طرفيه أن يلزم الآخر بالمضى فيه ، لأن تصحيح الوصف الفاسد ملزم لهما معاً ، ولا يملك أحدهما إزالة الفساد بإجازته أو الرضا به ، لأنه يتعلق بالعقد في ذاته ، ويتوخى حماية نظام التعاقد ، وليس حماية شخص أي من المتعاقدين ، ولهذا كان الحكم بزوال هذا العقد ملزماً للقاضى دون طلب من أحد باعتبار أن الفساد متعلق بحق الله تعالى .

وإذا تنكر المتعاقدان لوصف الفساد في العقد ، ومضيا في تنفيذه رغم تلبسه في الفساد ، فإن الوصف الفاسد لا يسرى رغم ذلك ، ولا يجب إلا الوصف الصحيح ، فلو كان الثمن خمراً أو خنزيراً تجب قيمتها ، وإذا كان الثمن مجهولاً ، يجب مقابل عادل يكافئ أجر المثل .

الفساد والقابلية للبطلان في فقه القانون :

ويختلف الفساد الذى قال به الحنفية في العقود المالية ، عن القابلية للإبطال أو ما يعرف بالبطلان النسبى في فقه القانون ، في أن الفساد مقرر حماية لنظام التعاقد ، بينما البطلان النسبى مقرر لحماية الطرف الذى شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، وإذا كان البطلان النسبى مقرراً حماية لطرف فإنه يملك التنازل عنه ، ويمضى العقد بناء على ذلك ، بينما العقد الفاسد لا يملك أحد طرفيه المضى فيه ، بل ويقضى القاضى بزواله من تلقاء نفسه كما سبق ، وإذا عاند المتعاقدان ومضيا فيه فلا يجب سوى الوصف الصحيح ، ولا يجوز إبقاء الوصف الفاسد .

وإذا كان مجال الحماية في العقد القابل للإبطال متعلقاً بفرد ، فإنه في حالة العقد الفاسد يتعلق بالمجتمع ابتغاء تصحيح مسار التعاقد فيه وفقاً لما قرره الشرع وتحقيق مصلحة المتعاقدين في ظلال تلك المشروعية .

طوارئ تنفيذ العقد :

إذا نشأ العقد صحيحاً ومستوفياً لأركانه وشروطه ، وجب على كل واحد من طرفيه أن يوفى ما التزم به ، فإذا لم يقم بالوفاء بما التزم به ، كان للطرف الآخر أن يلزمه بذلك قضاء ، وللقاضى أن يلزمه بالوفاء إذا كان قادراً عليه ، فإذا لم يؤد ، كان له أن يتخذ معه إجراء عقابياً ملائماً ، وذلك إعمالاً لقوله – صلى الله عليه وسلم – : " مطل الغنى ظلم يحل عرضه وعقوبته " ، وفي رواية :" لي الواجد يحل عرضه وعقوبته " (١).

وقد يكون من بين تلك العقوبات : إعطاء الحق لكل من طرفى العقد الملزم للجانبين أن يطلب حل الرابطة العقدية إذا لم يوف الطرف الآخر بالتزامه وذلك حتى يتحلل هو مما يفرضه عليه العقد ، وهذا ما يعرف بحق الفسخ

---

(١) رواه البخارى وأحمد والنسائي ، راجع : التاج الجامع للأصول – جـ ٢ – ص ٢٢٥– وما بعدها .

المنصوص عليه في المادة (١٥٧) مدني مصري ، والتي تنص على أنــه : " ١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى ". وأساس هذا الحق في القانون نابع من فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، إذ أن طبيعة تلك العقود تقتضى أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام الآخر[1].

فسخ العقد في الفقه الإسلامي :

والفقه الإسلامى يقر فكرة الفسخ بمعنى التحلل من الرابطة العقدية ، ولكنه لا يلجأ إليها ابتداء ، كما أنه لا يجعل تقريرها رهناً بإرادة أحد طرفيه كجزاء لعدم الوفاء من قبل الطرف الآخر ، وذلك على نحو ما قرره القانون ، ولكنه يوجب على كل من طرفيه أن يقوم بأداء ما التزم به في العقد ، وإذا امتنع طرف عن الوفاء كان للآخر أن يرغمه على الوفاء جبراً عنه ، فإذا امتنع المشترى عن الوفاء بالثمن كان للبائع أن يلزمه بأدائه ، وله أن يجبره على ذلك الأداء بالطرق الجبرية المقررة لأداء الديــون في الفقه الإسلامى ، وقد نصت المادة (٤٨٧) من مرشد الحيران على أنه : " إذا لم يدفع المشترى الثمن حالاً إن كان معجلاً ، أو عند حلول أجله إن كان مؤجلاً ، فلا يفسخ البيع ، بل يجبر المشترى على دفع الثمن ، فإن امتنع يباع من متاع المشترى ما يفى بالثمن المطلوب منه " ، كما نصت المادة (٤٨٨) على أنه : " لا يجوز للقاضى أن يمهل المشترى في دفع الثمن للبائع ما لم يكن المشترى معسراً لا يقدر على الوفاء فينتظر إلى الميسرة " ، كما يستطيع البائع حبس المبيع قبل قبض المشترى له كوسيلة لإجبار الأخير على دفع الثمن ، ومع ذلك فإن الفسخ

---

(١) د. السنهورى – الوسيط – جـ ١ – ص ٦٩٦ ، وكتابنا مصادر الالتزام – ص ١٣٦ – الطبعة الأولى.

كوسيلة لإنهاء العقد يرد في حالتين ، الأولى : تتقرر بإرادة الطرفين وهو مايعرف بالإقالة ، والثانية : تحدث بسبب غير إرادى وهو الجوائح ، أو هلاك محل العقد ، أو فواته ، كما يوجد الحق في الحبس ليكون أداة في يد كل واحد من المتعاقدين يدفع بها المتعاقد الآخر إلى إيفاء التزامه ، وينبغي بيان ذلك :

(١) الفسخ الاتفاقى (الإقالة) :

والإقالة لغة : الرفع والإعفاء والصفح والتجاوز ، ومنه أقال الله عثرته، أي صفح عنه وتجاوز[١] ، وفي اصطلاح الفقهاء تعرف بأنها : رفع العقد ، أو فسخه بتراضى الطرفين إذا ندم أحدهما أو أراد الرجوع عن العقد[٢]، أو هي في مجملها : عقد يرفع به عقد سابق ، أي فسخه وإلغاء حكمه وآثاره باتفاق بين طرفيه [٣].

والإقالة بهذا المعنى مندوب إليها لما فيها من إقالة العثرة ورفع هموم المتعاقد وحزنه على تسرعه في إبرام العقد ، وهذا يؤدى إلى استقرار الرضا ، يدل على ذلك ما رواه أبو هريره – رضى الله عنه – أنه – صلى الله عليه وسلم – قال : " من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة [٤]".

حكم الإقالة :

وقد اختلف الفقهاء في حكم الإقالة ، فذهب جمهور أهل العلم لدى الشافعية والحنابلة ، وأبو يوسف ومحمد وزفر من الحنفية إلى أن الإقالة فسخ يعود به المبيع إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع فكانت فسخاً كالرد بالعيب ،

---

(١) المعجم الوجيز – ص ٥٢٣ .

(٢) فـي هذا المعنى : فتح القدير – جـ ٥ – ص ٤٤٩ ، والقوانين الفقهية – ص ٢٧٢، والمجموع للنووى – جـ ٩ – ص ١٥٩ ، ومغنى المحتاج – جـ ٢ – ص ٩٦ ، والمغنى لابن قدامه – جـ ٤ – ص ١٢١ ، وما بعدها والمحلى لابن حزم – جـ ٩ – ص ٧ .

(٣) د. مصطفى الزرقا – المدخل الفقهى العام – جـ ١ – فقرة ٢٩٠ .

(٤) رواه البيهقى وأبو داود ، سبل السلام – جـ ٣ – ص ٣٣ ، نصب الراية – جـ ٤ – ص ٣٠ .

وقال أبو حنيفة : إنها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث غيرهما ، أما أبو يوسف فقال : أنها لا تكون فسخاً إلا إذا تعذر جعلها بيعاً ، أما الإمام محمد فيقول : إنها لا تجعل بيعاً إلا إذا تعذر جعلها فسخاً ، فتجعل بيعاً للضرورة (١).

وهي عند المالكية والظاهرية : بيع ثان ، لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التى خرج عليها منه ، فهي تتم بتراضى العاقدين ، يجوز فيها مايجوز في البيوع ، ويحرم فيها ما يحرم في البيوع (٢).

وسواء أكان الرأى فيها أنها فسخ ، أو عقد ثان ، فإن مصير العقد الأول واحد في الحالتين ، لأنها إن كانت فسخاً ، يكون حكمها تلاشى العقد المفسوخ وزواله ، وإن كانت عقداً ثانياً ، فإنه يعد لاغياً للعقد الأول ، لأنه تال له ، ومنظم لأحكامه ، والقاعدة العامة تقضى بأن التنظيم اللاحق لأمر يعنى إلغاء ما ورد به التنظيم السابق له ، ولهذا فإن نتيجة القولين واحدة في الحالتين ، ويكون الخلاف منصباً على أداة الفسخ أو الإلغاء ، ولا خلاف في أن الإقالة سبب لإزالته .

(٢) انعدام محل العقد :

كما يجوز فسخ العقد في الفقه الإسلامي بسبب انعدام المحل ، وذلك في حالة الجوائح التى تأتى عليه كله أو بعضه ، أو في حالة هلاكه كلياً أوجزئياً بسبب آخر غير الجوائح ، أو عيب فوت منفعة مقصودة فيه ، أو قامت موانع تحول دون استيفاء تلك المنفعة ، ففى عقد البيع ، مثلاً يجوز للمشترى فسخ العقد إذا هلك المبيع في يد البائع قبل قبضه من المشترى سواء أكان الهلاك بسبب من قبل البائع ، أو بسبب قوة قاهرة كآفة أو جائحة ، أما إذا هلك المبيع

---

(١) فتح القدير – السابق ، مغنى المحتاج – السابق ، المجموع للنووى – السابق .

(٢) القوانين الفقهية – السابق – المحلى لابن حزم – السابق .

في يد المشترى ، فإنه يهلك عليه ، ويلتزم بدفع ثمنه ولا يجوز له أن يطالب بالفسخ ، وقد بينت حكم تلك الحالات المواد (٤٦٠) وما بعدها من مرشد الحيران ، بقولها : " إذا هلك المبيع عند البائع بفعله ، أو بفعل المبيع ، أو بآفة سماوية بطل ويرجع المشترى على البائع بالثمن إن كان مدفوعاً " ، مادة (٤٦٠) "وإذا هلك المبيع بعد القبض بفعل المشترى فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً ، أو بشرط الخيار له ، وإن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً لزمه ضمان مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيماً " ، مادة (٤٦١) " إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل أجنبى فالمشترى بالخيار إن شاء فسخ البيع ، ويتبع البائع المتعدى على المبيع ويضمنه لو مثلياً ، وقيمته لو قيمياً ، وإن شاء أمضى البيع ودفع الثمن ، ورجع على المتعدى " ، مادة (٤٦٢) .

ومثل الهلاك في جواز الفسخ نقصان المبيع عن المقدار المعين في العقد، وقد نصت على جواز الفسخ في تلك الحالة ، المواد (٤٤٨ – ٤٥٢) من مرشد الحيران ، واستحقاق المبيع للغير ، أو ظهور عيب في المبيع يكون موجوداً عند العقد ، أو بعده وهو موجود تحت يده قبل تسلم المشترى له .

وفي عقد الإيجار يجوز فسخ العقد لهلاك العين المستأجرة ، أو حدوث عيب فيها يفوت المنفعة المقصودة منها ، كانهدام الدار أو احتراق السيارة ، أوجفاف الماء عن الأرض الزراعية ، وإذا امتنع المستأجر عن دفع الأجرة إذا كان قد اشترط تعجيلها في العقد [1].

وينفسخ العقد من تلقاء نفسه إذا هلكت العين أو فاتت منفعتها كلها ، وذلك بسبب أنه لن توجد فائدة – حالتئذ– من صدور عمل من المتعاقد الآخر يفسخ العقد فقد أغناه سبب الهلاك أوفوات المنفعة عن ذلك ، والعقد ينعدم

(١) المادتان (٥٨٣ – ٥٨٤) من مرشد الحيران .

بانعدام محله لأنه قطب دائرة الرضا وأساس نشاط المتعاقدين في الرابطة العقدية ، وهذا ما يعرف في القانون بالانفساخ[1].

وفي غير تلك الحالة يكون الفسخ بعمل أحد المتعاقدين في مواجهة الطرف الآخر أو بتقرير يحكم القضاء [2].

(٣) الحق في الحبس :

وهو يعني : تقرير حق أحد المتعاقدين في حبس ما يوجد تحت يده للمتعاقد الآخر حتى يستوفى منه ما يجب له في ذمته ، ولما كان شأنه كذلك فإنه لا يتقرر إلا في العقود الملزمة للجانبين،ولا تختلف أحكامه في الفقهين الإسلامي والقانوني ، كما لا تختلف غايته فيهما ، فهو في كلا الفقهين ضمان متاح لكل من طرفى العقد يستخدمه لوفاء دينه .

وبمقتضاه يكون للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، وللمشترى – كذلك – حبس الثمن حتى يقبض المبيع ، وللمؤجر أن يمتنع عن تسليم العين المؤجرة حتى يستوفى الأجرة إذا كانت واجبة الدفع قبل التسليم ، وللملتقط أن يحبس اللقطة حتى يستوفى ماأنفقه عليها [3].

---

(١) مادة (١٥٩) مدنى مصرى ، والانفساخ هو الفسخ بحكم القانون .

(٢) مادة (٦٤٦) من مرشد الحيران ، والسنهورى – نظرية الحق في الفقه الإسلامي – جـ ٦ – ص ٢٣٠ ، وفتح القدير – جـ ٥ – ص ٣١٢ ، وفي هذا المعنى : د. محمود عبد الرحمن – السابق .

(٣) فتح القدير – السابق ، مغنى المحتاج – السابق ، المجموع للنووى – السابق .

المقصد الثالث

الجزاء الإدارى

وجدت المبادئ العامة للتنظيم الإدراى في التشريع الإسلامي منذ بواكيرعهوده الأولى ، وتحديداً عندما بدأت ملامح الدولة الإسلامية تظهر في المدينة المنورة ، وبعد أن برزت عناصر قيام الدولة بالمفهوم العصرى فيها ، ومنها عنصر السكان والتشريع والاقليم والسلطة ، وفي ضوء ذلك التحديد للدولة الإسلامية الجديدة وجدت المبادئ العامة للتنظيم الإدارى ، بما تقتضيه من تحديد الاختصاصات في كل ولاية أو إدارة أو إقليم بحسبه ، ومن ثم يجيئ الجزاء كأثر للخروج على الواجبات المتعلقة بتلك الاختصاصات من قبل القائمين عليها ، وهم الولاة والموظفون العموميون .

ولا تكاد نوعية تلك الجزاءات تختلف عما هو مقرر اليوم في مجال التنظيم الإدارى ، لأن الجزاء فيه لا يقع على غرار العقاب الجنائي الذي يستهدف الردع والزجر لمجرم احترف الجريمة ، أو انحرف إليها ، ولكنه موجه إلى شخص يتمتع بقدر من العلم والثقة والكفاءة والأمانة على نحو ارتقى به لأهليه تولى الوظيفة التى يحاسب بسببها ، أو الولاية التى يوقع عليه الجزاء من أجلها ، ومن ثم كان الجزاء غايته التصحيح والتقييم ، وليس الردع والتقويم ، وكان في نظام التعزير متسع لاختيار نوع الجزاء الإدارى الملائم لمن يتولى الأمانة العامة لوظيفة إدا ـية ، أو نطاق إدارى ، وعلى ضوء ما هو معروف من أن لكل إنسان قدره ، ولكل شخص منزلته التى تحبذ اختيار نوع التعزير الملائم ، وكما قيل : العبد يقرع بالعصا والحرتكفيه المقالة، ومن الجزاءات الإدارية ما يلى :

(١) العزل من الوظيفة :

وهو يمثل أكبر جزاء إدارى ، حيث يعادل الإعدام في المجال الجنائي ، وربما كان أشد وقعاً على نفس المعاقب من الإعدام ، لأن من يوقع عليه الإعدام يموت ولا يشعر بوقعه بعد أن يمضى إلى جوار ربه ، أما العزل من الوظيفة فإن شبحه يظل يطارد الموظف المعزول طوال حياته ، ويلحق به من العذاب النفسي والأدبى ما يكاد يمثل قتلاً أدبياً له ولأسرته في كل لحظة يحياها بعد عزله .

وربما كان عزله مع تلك الآثار النفسية والمادية الماحقة غير مانع من توقيع عقاب جنائي عليه بالسجن المؤقت أو المؤبد ، أو بالإعدام فتقضى الأهوال عليه .

ولهذا لايكون العزل إلا في حالة الانحراف الوظيفى الجسيم الذى يمثل خيانة واضحة لأمانة الوظيفة العامة ، وما يجب أن يتوافر في شاغلها من ثقة كافية ، وقد عدد الإمام بن تيمية بعض أسباب العزل من الوظائف العامة ، وذكر منها : أن يفعل الموظف ما يستعظم ، أو إذا فر الجندي من الزحف [١]، وأضاف بعض الفقهاء أسباباً أخرى منها انحراف القاضى في حكمه عن العدل عمداً ، والجناية ، وقبول الرشوة ، والهدية إذا كانت في معنى الرشوة، لأنها مال عيني [٢].

كذلك من أسباب العزل ارتكاب العامل عملاً مشيناً لا يتفق مع المحافظة على كرامة الوظيفة العامة ، ومن ذلك ما روى أن عمر بن الخطاب عزل

---

(١) السياسة الشرعية في إصلاح الراعى والرعية – ص ١١٢ وما بعدها .

(٢) المبسوط للسرخسى –جـ ٩– ص ٨٠، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار – جـ ٤ – ص ٣٨٠ – طبعة الحلبى ، وبدائع الصنائع للكاسانى – جـ ٩ – ص ٤١١١ ، وابن تيمية – السياسة الشرعية – السابق – ص ٤٤ ، د. سليمان الطنطاوى – الثواب والعقاب في مجال الوظيفة العامة ، رسالة دكتوراة . من جامعة الأزهر سنة ١٩٨١ – ص ٥٣٥ وما بعدها .

المغيرة والى البصرة حين لاكته الألسن بعلاقة مريبة مع أرملة من بنى هلال تسمى أم جميل ، وعين مكانه أبا موسى الأشعرى[1]. ويلاحظ أن العزل هنا لم يقم على ثبوت علاقة الزنا بينهما ، وإلا فإن لتلك الجريمة عقوبة حدية مقررة تختلف باختلاف أحوال الزانى وماذا كان محصناً أو غير محصن ، ولكن العزل جاء للسلوك المشين الذى وضع موظفاً عاماً في موضوع الشبهة وافتقاد الثقةعلى نحو يجعله عاجزاً عن إدارة شئون موظفيه ، ويفقد احترام الناس له وللإدارة التى يتبعها [٢].

وقد يكون العزل بسبب عدم الكفاية والخبرة ، كما عزل عمر – رضى الله عنه – عمار عن الكوفة حينما شكا أهلها إليه قلة خبرته وعدم درايته حتى قالوا لعمر في شكواهم ضده ؛ والله يا أمير المؤمنين ما يدرى أعلى الحيرة أم على الكوفة استعملته ، وأراد عمر أن يتأكد من مقولتهم فسأله :علام استعملتك يا عمار ؟،فقال : على الحيرة وأرضها ، فعرف أنه لا يعرف عن أمر الولاية شيئاً ، قال ابن جرير : هو والله غير كاف ولامجز ولا عالم بالسياسة فعزله عمر عنهم [٣].

كما قد يكون العزل خوفاً من افتتان الناس بأحد الولاة فيلتفوا حوله ويشقوا صف الأمة ، كما عزل عمر بن الخطاب خالد بن الوليد ، وكتب إلى الأمصار قائلاً : إنى لم أعزل خالداً عن سخط أو خيانة ، ولكن الناس فتنوا به، فخفت أن يوكلوا إليه ويفتنوا به ، فأحببت أن يعلموا أن الله هو الصانع ، وألايضعوا أنفسهم بمعرض فتنة [٤].

---

(١) الطبرى ، تاريخ الرسل والملوك – جـ ٤ – ص ٦٩، وما بعدها – طبعة دار المعارف .

(٢) في هذا المعنى : د. سليمان الطنطاوى – السابق – ص ٥٣٧ .

(٣) الطبرى – السابق– ص ٦٤ .

(٤) المرجع نفسه – ص ٦٨ .

(٢) مصادرة المال المتربح من الوظيفة :

ومن الجزاءات الإدارية التى طبقت على العاملين ، مصادرة الأموال التى حصلوها على سبيل التربح من الوظيفة العامة ، والتى ماكان من الممكن أن يحصلوا عليها لولا توليهم لصهوة تلك الوظيفة ، يدل على ذلك ما روى أن النبى – صلى الله عليه وسلم – استعمل على الصدقة رجلاً من بنى أسد يقال له: ابن اللتبية واسمه عبد الله ، فلما جاء إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم– وحاسبه على ما قام بتحصيله قال : هذا لكم ، وهذا أهدى إلى ، فقام النبى – صلى الله عليه وسلم – خطيباً ، فصعد المنبر ، وحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال : ما بال العامل نبعثه ، وفي رواية نستعمله على عمل ، فيقول : هذا لكـــم ، وهذه هدية أهديت لى ، فهلا جلس في بيت أبيه وأمه فينظر أيهدى له أم لا ؟ ، والذى نفس محمد بيده لا يغل أحدكم منها شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على عنقه ، إن كان بعيراً جاء به له رغاء ، وإن كانت بقرة جاء بها لها خوار ،وإن كانت شاةجاءبها تيعر ، اللهم قد بلغت اللهم فاشهد (١).

قال المهلب : وفي الحديث دلالة على أن المال إذا أخذ يسترد من العامل ويكون في بيت مال المسلمين ، وهذا مبنى على أن ابن اللتبية أخذ منه ما ذكر أنه أهدى له ، وهو ظاهر السياق (٢).

وفعل عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – مثل هذا مع عامل من عماله استغل وضعه الوظيفى في تكوين ثروته ، فقد استعمل عمر عتبة بن أبي سفيان على كنانة ، فقدم معه بمال ، فقال :ما هذا يا عتيبة ؟ قال : مال خرجت

---

(١) صـــحيح الـــبخارى ـمـــع فـــتح البارى – جـ ١١ – ص ٥٩٧ –طبعة دار المنار – صحيح مسلم بشرح الـــنووى – بـــاب تحـــريم هدايـــا العمال – جـ ١٢ – ص ٢٢٠ ، سنن أبى داود ، كتاب الإدارة والخراج والفتن – باب هدايا العمال – جـ ٢ – ص ٣٥٤ ومابعدها .

(٢) فتح الباري مع صحيح البخارى – جـ ١٣ – ص ١٩٧ .

له معى ، واتجرت فيه ، قال : ولماذا تخرج المال معك على هذا الوجه ؟ ، وأخذه منه وصيره في بيت مال المسلمين (١).

ومن يغلل من الغنيمة يحرق عليه ما غله ،ويعزر بما يراه الحاكم ، وذلك لقول النبى – صلى الله عليه وسلم – : " إذا وجدتم الغال فاحرقوا متاعه واضربوه (٢)"، ومن التعزير التشهير بالغال وحرمانه من سهمه (٣).

(٣) القصاص في المضار التى يحدثها الموظف :

وليس المراد بالقصاص هنا : قتل النفس بالنفس ، ولكن المراد به أن يلزم الموظف بتعويض الضرر الذى أحدثه عيناً ، فيفعل به من سب وضرب وإهانة مثل ما فعله بغيره ظلماً وتعدياً ، وعلى هذا النحو كان عمر بن الخطاب يقتص من عماله إذا ظلموا الرعية حتى لا يعتصم أحد بسلطان الوظيفة ، وإذا اشتكى إليه من عامل جمع بينه وبين من شكاه ، فإن صح عليه أمر يجب أخذه به ، أخذه به ، وقد روى عبد الرزاق : أن عمرو بن العاص وهو أمير مصر قال لرجل : يا منافق ، فشكاه إلى عمر بن الخطاب ، فكتب عمر إلى عمرو : إن أقام عليك البينة جلدتك سبعين جلدة ، فشهد الناس واعترف عمر ، فأمكن عمرو الرجل من نفسه فعفا عنه (٤)، وفي رواية أن عمر قال لعمرو : أكذب نفسك على المنبر ففعل (٥).

وعن أبي فراس – رضى الله عنه – قال : خطب عمر بن الخطاب فقال : يا أيها الناس : إنى والله ماأرسل إليكم عمالاً ليضربوا أبشاركم ، ولا ليأخذوا

---

(١) الطبرى – المرجع نفسه – ص ٢٢٠ ، وفي هذا المعنى : ابن تيمية – السابق – ص ٤٥ ، وما بعدها .

(٢) سنن ابى داود – جـ ٣ – باب عقوبة الغال – جـ ٣ – ص ١٥٧ ، وما بعدها ، وفي مثل هذا المعنى: الطبرى – السابق – جـ ٣ – ص ٢٢٦ .

(٣) سنن أبى داود – السابق– ص ١٥٨ .

(٤) كنز العمال – جـ ٣ – ص ١٢٠ .

(٥) المرجع نفسه .

أموالكم ، ولكنى أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم ، وسنتكم ، فمن فعل به شيىء سوى ذلك فليرفعه إلى ، فوالذى نفس عمر بيده لأقصنه منه ، فوثب عمرو بن العاص ، فقال يا أمير المؤمنين : أرأيتك إن كان رجل من أمراء المسلمين على رعية فأدب بعض رعيته أنك لتقصنه منه ؟،قال : نعم ، والذى نفس عمر بيده لاقصنّه منه ، وكيف لا أقصه منه ، وقد رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقص من نفسه ، ألا لا تضربوا المسلمين فتذلوهم ، ولا تجاملوهم فتفتنوهم ، ولا تمنعوهم حقوقهم فتكفروهم ، ولا تنزلوهم الغياض فتضيعوهم[1].

ويبدو مما سبق أن المقصود بالقصاص هنا ، ليس هو العقاب الذى يوقع في جرائم القصاص ، حيث إنها عقوبات مقدرة لكل جريمة ، وإنما المراد به هنا : تأديب العمال على أمور ارتكبوها دون أن تصل إلى النموذج المطابق للجرائم التى يجب فيها القصاص الشرعي ، وإلا لوكانت هناك جريمة من هذا القبيل ارتكبها الوالى مثل القتل أو قطع أحد الأطراف عمداً ، لما استنكر عمرو بن العاص ذلك ، وإنما الحديث عمادون ذلك كما بينه بقوله :" إنه يقصد تأديب بعض الرعية " ، فيصيبهم ، وفي هذه الحالة لا يجب القصاص كعقوبة جنائية ، لانتفاء عنصر هام في جرائم القصص الشرعية ، وليس عقوبة على جريمة من جرائم القصاص [2].

(٤) التوبيخ وتغيير الوجه :

من العقوبات الإدارية ؛ التوبيخ وتغير الوجه والإعراض عن العامل المخالف ، وقد فعل التوبيخ عمر بن الخطاب مع سلمه بن قيس حين أرسل مع رجل من قومه حلية إلى عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – فغضب وكان

---

(١) الطبرى – السابق – جـ ٤ – ص ٢٠٤ .

(٢) في هذا المعنى ، د. سليمان الطنطاوى – في رسالته المشار إليها – ص ٥٤٥ .

يأكل ، فقال : لا أشبع الله بطن عمر ، ونادى على عامله أن يلوى عنق هذا الرجل ، ثم قال له موبخاً ؛ أما والله لئن تفرق المسلمون في مشايتهم قبل أن تقسم هذا فيهم ، لافعلن بك وبصاحبك الفاقرة ، أي الداهية التى تخرب البيوت[1].

وكما يبدو فإن غاية تلك العقوبات هي التوجيه الإدارى نحو ما هو أصلح للتنظيم الإدارى الذى يضطلع بتيسير الحياة على الناس وحفظ مصالحهم ، كما أن من غاياته التقييم وإحكام الرقابة في مجال السلوك الإدارى رعاية لحق الله ، وقياماً بمصالح المسلمين العامة ، وبختام بيانه تتضح معالم الجزاء في القاعدة الشرعية ، ويظهر مدى الالزام فيها .

(١) عبد القادر عوده – جـ ١ – ص ٧٠٣ ، د. عبد العزيز عامر – التعزير في الشريعة الإسلامية – ص ٤٧١ ، د. سليمان الطنطاوي – نفس المرجع – ص ٥٤٧ .

الفصل الثانى

تفريد القواعد القانونية عن غيرها

القـــاعدة القانونية تستهدف تنظيم سلوك الأفراد فى المجتمع، ولما كان شـــأنها كذلك، فإنها قد تختلط بغيرها من القواعد الاجتماعية التى تشترك معها فـــى تلـــك الغاية، مثل قواعد المجاملات والعادات والتقاليد، وقواعد الأخلاق، ومـــبادئ الدين ، حيث تشترك تلك القواعد مع القانون فى تنظيم السلوك، كما أنها تتسم بنوع من الإلزام الذى يضمن لها احتراماً فى مجال التطبيق ،.إلا أنها مع ذلك التشابه تختلف عن القاعدة القانونية من بعض الوجوه وذلك كما يلى :

أولاً : القواعد القانونية،وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد:

وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد يقصد بها تلك المبادئ التى يرعاها الـــناس فى علاقاتهم اليومية بسبب تعارفهم عليها وتواضعهم على احترامها، لأنهـــا – فـــى نظـــرهم – تعتـــبر من تقاليد المجتمع، وذلك مثل المواساة فى الكوارث ، والمشاركة في السراء بالتهانى ، والمشاطرة فى الضراء بالتعازى ، وتلبية داعى المكروب، وإجابة طالب النجدة والملهوف ، وغير ذلك مما تعارف علـــيه المجـــتمع مـــن العـــادات والتقاليد ، ومن ذلك ارتداء أزياء معينة فى المناسبات(١) ، وتبادل السلام والتحية عند اللقاء، فهذه القواعد تؤثر – لا شك – فـــى الســـلوك ويشعر الناس نحوها باحترام بالغ يدفعهم إلى الحرص عليها والمواظـــبة علـــى فعلها ، وذلك خوفاً من تأنيب الضمير ، أو الشعور المؤلم بمخالفة ما تعارف عليه الناس ، بيد أنه يبقى الجزاء عن عدم الفعل مختلفاً ،

---

(١) د. عـــبد الرازق حسن فرج – ص ١٢، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٧، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١٥.

فهو في القاعدة القانونية، جزاء قانونى حالى ومؤلم وينفذ جبراً، أما هنا فإنه لا يتعدى مجرد الاستهجان ، واستنكار الناس لمن يخرج على تلك القواعد .

ثانياً : القواعد القانونية وقواعد الأخلاق :

وكلمة الأخلاق كلمة جامعة، تشمل كافة معانى الخير الملازمة للسلوك، والـتى تعبر عن ضمير الجماعة فى المحافظة عليها واستهجان من يخالفها، وهذه القواعد تهدف إلى تحقيق الفضائل ومحاربة الرذائل، وتنمية معانى الخير فـى المجـتمع كالوفاء بالعهد ، ونجدة المكروب ، والمحافظة على قيم الحياة وأصولها ، كالدين والنفس والعرض والمال .

والأخـلاق بهـذا المعنى الجامع تعتبر غاية دينية وإسلامية ، فقد بعث النبى – صلى الله عليه وسلم – ليتمم مكارم الأخلاق ، كما أن الأخلاق الكريمة صـفة من صفاته وسمة من سمات حياته التى وصفه بها ربه حين قال له فى محكم كتابه : " وإنك لعلى خلق عظيم[1]".

(١) أوجه الشبه بين الأخلاق والقانون :

وهـناك أوجه شبه واضحة بين القاعدة القانونية ، والقاعدة الأخلاقية ، لأن كـلاً منهما يعتبر قاعدة عامة يتوجه الخطاب بها إلى كافة أفراد المجتمع، كمـا أن كـلاً منهما ملزمة وتقترن بجزاء يوقع على من يخالفها ، وتستهدف تنظـيم العيش فى المجتمع وتوجيه سلوك الأفراد تجاه غايات محددة من أجل رقيه وسعادته، وسعيه نحو الأهداف التى يتوخاها .

(٢) أوجه الاختلاف بين الأخلاق والقانون :

ومع وجود ذلك التشابه الكبير بين القانون والأخلاق ، إلا أنه يظل الفرق بينهما واضحاً من عدة أمور هى :

---

(١) سورة القلم – آية ٤.

(أ) اختلاف الجزاء فى كل منهما :

إذا كانــت القاعدة الأخلاقية كالقاعدة القانونية فى الاقتران بجزاء يجعل كــلاً منهما ملزمة وحرية بالاحترام والتقدير من المجتمع ، إلا أن هذا الجزاء يختلف فى كلا القاعدتين فهو فى القاعدة القانونية جزاء مادى، مثل الحبس ، والحجز على مال المدين ، وفصل الموظف أو توجيه اللوم إليه، أو الخصم من راتــبه، وتقوم السلطة العامة بتوقيعه على كل من يخالف أحكام القانون ، أما فــى القــاعدة الأخلاقية، فإن الجزاء أدبى أو معنوي يتمثل فى تأنيب الضمير، واســتنكار المجتمع لمن يخالف قواعد الأخلاق فيه ، لكن لا توجد سلطة عليا تلزم الأفراد باحترام القواعد الخُلقية .

(ب) اختلاف الغاية فى كل منهما:

ولا يقتصر أمر الخلاف بين كل من القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية علــى تبايــن الجزاء فى كل منهما ، بل إن ثمة وجهاً آخر من وجوه الخلاف بينهما هو اختلاف الغاية، ذلك أن غاية القاعدة القانونية نفعية ، أى تبتغيا نفع المجــتمع وحمايــة مصالحه والمحافظة على حقوقه، أما الغاية فى الأخلاق ، فإنها غاية مثالية تستهدف النزوع بالمجتمع جهة السمو والكمال .

(ج) مصدر الإلزام فى كل منهما:

كما أن هناك خلافاً بين القاعدة القانونية ، والقاعدة الأخلاقية فى مصدر كــل منهما ، وهذا المصدر فى القاعدة القانونية يعتبر محدداً واضحاً إما بنص أو عرف أو حكم مقرر فى التشريع الإسلامى ، أما فى القاعدة الأخلاقية ، فإن هــذا المصدر غير محدد ، لأنه يتمثل فى ضمير الأفراد وسلوكهم ، وهو مما يعتريه التغير بحسب الأشخاص ، وبحسب الأزمان[1].

---

(١) فى هذا المعنى: د. عبد الرازق فرج – السابق – ص ١٥.

(د) من حيث الاعتداد بالنوايا والسلوك الظاهرى:

نجد أن هذا يشكل فارقاً بين القاعدة القانونية، والقاعدة الأخلاقية، لأن الأولى لا تهتم إلا بالسلوك الظاهرى، ولا تتعلق إلا به ، ولا تنظم سواه، وهذا أمر عادى ، لأن الذين وضعوا تلك القاعدة من البشر، وليس لديهم القدرة على الغوص فى نفوس الناس وتعقب ضمائرهم ونواياهم ، فهذه من اختصاص الله – تعالى – الذى خلق الخلق ويعلم ما يسرون وما يعلنون، ولذلك فإنه – سبحانه – وحده هو القادر على أن يعلم ما تنطوى عليه جوانح الإنسان ، أما البشر فليس لديهم القدرة على ذلك .

أما قواعد الأخلاق ، فإنها تركز على الضمير لتسمو به ، وليكون ذلك السمو دافعاً لتهذيب السلوك وترقيته والنهوض به ، لأن غاية الأخلاق هى الوصول بالإنسان نحو الكمال ، وإن كان ذلك الكمال ليس من الدنيا، ولا من طبيعتها ، ولا هو شيئ يدرك ولكن من عظمة هذا الكمال أن استمرار العمل له هو إدراكه .

صلة الأخلاق بالقانون:

ورغم وجود ذلك التباين بين القاعدة القانونية، والقاعدة الأخلاقية ، فإنه لا يمكـــن القـــول ، بأن ثمة انفصالاً بين القانون والأخلاق ، لأن الغايات التى يـــتوخاها القـــانون ، ومـــنها ما يتعلق بالمحافظة على أموال الناس ودمائهم وأعراضـــهم ، وأداء الأمانـــة والـــبعد عن الكسب الحرام كالسرقة والاختلاس والرشـــوة ، ومـــا يدعـــو إليه القانون من الوفاء بالعهود واحترام المواثيق ، والبعد عن الغش والخديعة ، والاحتيال والنصب ، كل هذه الغايات القانونية فى حد ذاتها غايات أخلاقية .

إلا أنـــه رغـــم ذلـــك الـــتوحد فى الغايات بين القانون والأخلاق ، يبقى للأخـــلاق مجالهـــا الخاص فى بعض المواطن التى لا ينازعها فيها القانون ،

وذلك كالصدق ، ونبذ الحقد والكراهية والضغينة ، فهذه الأمور وغيرها تعتبر ساحة أخلاقية خالصة بعيدة عن إلزام القانون ومجال عمله[1].

ثالثاً: مبادئ القانون وأحكام الديـــن:

الدين هو ما شرعه الله – تعالى – لعباده على يد أنبيائه ورسله من لدن آدم – عليه السلام – وحتى نبينا محمد – صلى الله عليه وسلم – وهذا الدين قد نزل على هيئة شرائع تختلف باختلاف ما يبعث به كل رسول أو نبى إلى قومه ، لأن شرائع السماء قد تعهدت انحرافات هؤلاء الناس بالتقويم والتصحيح ، وإرشاد الناس إلى الطريق الصحيح ، ورغم اختلاف الشرائع التى يتألف منها الدين، ذلك الاختلاف الذى أشار إليه قول الله – تعالى –: "شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا إليك وما وصينا به ابرهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه[2]"، إلا أن تلك الشرائع تتفق فيما بينها على حماية مقومات الحياة الأساسية التى لا يمكن لأى مجتمع أن يعيش سعيداً هانئاً بدونها أو بدون واحدة منها ، وهذه المقومات هى:

المحافظة على الدين ، والمحافظة على النفس ، والمحافظة على العرض، والمحافظة على العقل ، والمحافظة على المال ، فهذه المقاصد ، أو الضرورات لا تختلف فيها الشرائع ، ولهذا تسمى : مقاصد الدين ، وإنما يقع الخلاف فى الفروع التى تتوخى المحافظة على تلك الأصول ، وبحسب ما يناسب كل زمان ومكان ، حتى ختم الله تعالى – رسالات السماء برسالة محمد بن عبد الله – صلى الله عليه وسلم – فصارت تلك الرسالة علماً على

---

(١) د. توفيق فرج – ص ٢٥ وما بعدها، د. عبد الرازق فرج – ص ١٦، د. جميل الشرقاوى – ص ٣٣، د. منصور مصطفى منصور – ص ٢١.

(٢) من الآية ١٣ من سورة الشورى.

دين الله وتجسيداً لكل شرائع السماء، وهى المهيمنة عليها ، والمبينة لما يريده الله – تعالى – من خلقه إلى يوم الدين .

والدين كرسالة سماوية يمثل تنظيماً شاملاً لكل علاقات الإنسان وروابطه وصلاته ، ومن تلك الروابط والصلات ، صلته بربه ، وما تقتضيه تلك الصلة من واجبات تشغل بها ذمته ، وفاء لحقوق الله وهى العبادات، ذلك أن الصلة فى العبادات بين العبد وربه ، تقوم على الخضوع التام ، والامتثال المطلق ، والتجسيد الكامل لمعنى العبودية ، وفى هذا المجال يقع الواجب كله فى ذمة العبد ، أما الله تعالى ، فإنه لا يجب عليه شيئ ، سبحانه وتعالى هو الواحد الأحد ، الفرد الصمد الذى لم يلد ، ولم يولد ولم يكن له كفواً أحد ، إن أثاب فبفضله ، وإن عاقب فبعدله ، لا يجب عليه شيئ ، ولا يسأل عما يفعل، وهم يسألون .

وإذا كانت العبادات تقوم على فكرة الواجب الطرفى بجانب العبد، ولا تقوم على فكرة الواجب التبادلى ، الذى يعنى أن كل حق يقابله واجب فى ذمة الطرف الآخر ، فإنها بهذا المعنى تختلف عن بقية الصلات والروابط ، حيث تتبادل فيها الحقوق وتتلازم الواجبات ، ويتجلى ذلك واضحاً فى المجالات الأخرى التى ينظمها الدين ، وهى علاقة الإنسان بمجتمعه ، وعلاقته بأفراد هذا المجتمع ، كما تنظم – أيضاً – علاقته بنفسه فإن للنفس على صاحبها حقوقاً ، منها المحافظة عليها، وعدم الزج بها فى المهالك وعدم ظلم النفس ، وهكذا كان تنظيم الدين شاملاً لكافة العلاقات ، ومختلف الروابط وكان مجاله أوسع من مجال القانون لذلك .

ولا يمكن المراء فى أن الدين يتضمن قواعد منظمة لسلوك الأفراد فى المجتمع ، وأن تلك القواعد ملزمة ومقترنة بجزاء يضمن لها الاحترام

والتنفيذ، لكن يبقى – مع ذلك – فرق ، بل فروق ، بين قواعد الدين وقواعد القانون كما يلى :

(١) اختلاف المصدر :

مما لاشك فيه، أن اختلاف المصدر فى كل من القاعدة الدينية ، والقاعدة القانونية يمثل فرقاً جوهرياً بينهما ، وفى هذا المجال يمكن القول : إن مصدر القاعدة الدينية سماوى يتمثل فى كتاب الله – تعالى – وسنة نبيه – صلى الله عليه وسلم – وإجماع علماء الأمة ، والقياس وغير ذلك من الأدلة المختلف فيها .

أما المصدر فى القاعدة القانونية فإنه وضعى ، أى نص قام أهل الرأى والنظر فى المجتمع بوضعه وذلك لتطبيقه على الوقائع التى تدخل تحت حكمه، أو عن طريق إلحاق واقعة غير محكوم فيها بواقعة مشابهة سبق الحكم فيها ، فتعطى مثل هذا الحكم ، والاتجاه الأول يعرف بالاتجاه اللاتينى الذى يقوم على تقنين المواد وتطبيقها ، أما الاتجاه الثانى ، فإنه يمثل الاتجاه الأنجلوسكسونى، وهو المعروف بنظام السوابق القضائية ، وهو مطبق فى انجلترا وأمريكا ، واختلاف المصدر فى كلا الاتجاهين يمثل وجهاً قوياً من وجوه الاختلاف بينهما.

(٢) اختلاف الجزاء :

والجزاء مختلف – كذلك – فى القاعدة القانونية عنه فى القاعدة الدينية على نحو ما رأينا ، فإذا كان الجزاء فى الأخيرة يمكن أن يتنوع إلى جزاء دنيوى حالى ، وجزاء أخروى مؤجل ليوم القيامة ، يوم يقوم الناس لرب العالمين ، فيحاسبهم على ما قدموا، ويجازيهم على ما فعلوا ، فإنه فى القاعدة القانونية لا يكون إلا جزاء معجلاً فى الدنيا ، ولا تعرف تلك القواعد الجزاء الأخروى المؤجل لما بعد الموت والبعث.

وكذلك الأمر فيما يتعلق بسلطة توقيع الجزاء ، فإن تلك السلطة فى القانون هى السلطة العامة القائمة على حفظ الأمن والنظام فى المجتمع ، أما فى القاعدة الدينية ، فإن الذى يقوم بالحساب وتوقيع الجزاء هو الله تعالى ، ويتولى خلفاؤه فى الأرض من أولياء الأمور القائمين على حفظ الدين وسياسة الدنيا توقيع هذا الجزاء فى الدنيا ، أما فى الآخرة فهو سبحانه القائم على كل نفس بما كسبت، والمتولى لأمر عباده فى المحاسبة على كافة ما وقع منهم فى الدنيا .

(٣) اختلاف المحل :

ومحل القاعدة القانونية هو السلوك الظاهر ، أما القاعدة الدينية فهى أوسع مدى لأنها تنظم السلوك الظاهر ، والسلوك الخفى.

الصلة بين القواعد الدينية والقواعد القانونية :

ومع وجود ذلك الخلاف ، فإن ثمة صلة وثيقة بين الدين والقانون ، وهذه الصلة يمكن إجمالها فى أمرين :

أولهما : أن هناك بعض الجرائم المؤثمة فى الشريعة ، وهى فى نفس الوقت مؤثمة فى القانون ، على سبيل المثال : فإن قتل النفس التى حرم الله إلا بالحق ، يعتبر جريمة فى التشريع الإسلامى ويعاقب عليها بالقصاص ، وهو القتل عقاباً لمن يقتل غيره عامداً متعمداً ، وهذا الحكم لا يختلف فى مجمله عما هو مقرر فى القانون ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالسرقة ، فإنها تمثل جريمة ، وتعد عملاً محرماً شرعاً ، وتعاقب عليها الشريعة ، كما يعاقب عليها القانون ، وإن كانت الفكرة التى بنيت عليها العقوبة مختلفة فى كلا الاتجاهين ، إلا أنه يبقى ذلك التشابه العام بين التجريم والعقاب ، والتماثل المطلق فى رعاية المصلحة المشمولة بحماية تلك السياسة العقابية المقررة فى كل من الشريعة والقانون .

وثانيهما : أن اتجاد القانون فى مقصده التشريعى العام يستلهم أحكام الدين فيما يقوم بتنظيمه من روابط الأفراد المختلفة ، وفيما يسنه من عقوبات، وبناء على ذلك فإنه إذا اختلف حكمه اختلافاً تاماً مع قاعدة شرعية ، أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية فإن هذا الحكم يفقد شرعيته ، بل يفقد صلاحيته كنص قانونى ملزم .

وأساس ذلك أن الدستور ينص في مادته الثانية على أن الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، فإذا خرج نص عن هذا الإطار ، فإنه يكون غير دستوري ، وقد كفل القانون للأفراد حق الطعن على هذا النص أمام المحكمة الدستورية العليا لتقضى بعدم دستوريته ومن ثم يُنحى عن مجال التطبيق ، وهكذا تقوم الصلة بين الدين والقانون على هذا النحو الواضح.

الفصل الثالث

نطاق القانون فى تنظيم نشاط المجتمع

المبحث الأول

الأساس الفلسفى للقانون

غايـــة القانون الأساسية هى تنظيم سلوك الأفراد فى المجتمع بنصوص يفترض أن لها القدر الأوفى من الاحترام والتطبيق فى نفوس الناس، وأن من لـم يخضـع لحكـم القــانون اختياراً فإنه يخضع له إجباراً عن طريق إلزامه بالسـلطة الجـبرية فــى المجـتمع، والقانون مع ذلك يعتبر أداة فى يد الدولة تستطيع بها أن تفرض هيمنتها وتحكم سيطرتها وتوجه أهدافها فى المجتمع ، وهــنا يــثور التساؤل عن مدى تدخل القانون لتنظيم شئون المجتمع ، وبتعبير آخــر، مــا هو المدى الذى يستطيع القانون أن يتدخل فيه ليتولى عن الأفراد تنظـيم شـئونهم وتوجـيه تصرفاتهم؟، إن الإجابة عن هذا التساؤل مرهونة بالفلسفة السائدة فى المجتمع، أو بالفكر الذى يسيطر على أفراده، وما إذا كان ذلك الفكر جمعياً اشتراكياً ، أو فردياً رأسماليا ، أو ما دون ذلك أو ما بينهما ، وبيان ذلك كما يلى :

أولاً: المذهب الفردى :

تقــوم فكــرة المذهب الفردى على أساس أن الفرد هو قطب الدائرة فى ســاحة نشاط المجتمع وأن كافة الأنظمة المعمول بها والقوانين السارية، يجب أن تكــون رهــن إشارته وطوع إرادته، ووفق خدمته، ومن ثم فإن القانون لا يجوز له أن يتدخل فى نشاط الفرد أو فى شئونه الخاصة إلا فى الإطار الذى لا يتصادم مع إرادته ، ولا يجافى توجه رغبته ، كما لا يجوز لهذا القانون أن يقيد

حريته في اختيار النشاط الذى يريده ، أو في تملك ما يقوى على تملكه من المال دون قيد أو حد ، ولهذا يسمى هذا المذهب ، بالمذهب الرأسمالي .

ورغم ما يضفيه النظام الفردى على حقوق الفرد ، فإنه لا ينظر إليه على أنه كائن يعيش منعزلاً في المجتمع ، بل يتعامل على أنه كائن اجتماعي يعيش داخل جماعة ، ويرتبط بعلاقات مع غيره من الأفراد الذين هم – مثله – موئل رعاية القانون ومحل اهتمامه ، ولما كان النشاط الفردي لهؤلاء المجموعة التى تعيش فى ظلال المذهب الفردى مختلفاً بحسب الطاقة والمقدرة والاستطاعة التى تمكن البعض من الوصول إلى ما يرضاه لنفسه من المركز الاقتصادي أو الملكية الفردية، فإنه ليس ثمة اختيار أمام القانون سوى المواءمة بين تلك الإرادات المتنافسة بما يتيح لها قدراً أكبر من حرية المنافسة، ولايجوز أن يغل يد أى منها فى الوصول إلى ما تريد ، وكما يقول أنصار المذهب الفردى : إن الفرد لم يخلق للمجتمع، ولكن المجتمع هو الذى وجد لصالح الفرد ، ولهذا فإن كل ما فى المجتمع يجب أن يتوجه لخير الفرد وإسعاده وخدمته .

أساس المجتمع فى ظل المذهب الفردى :

والمذهب الفردى بناء على الفكرة التى يقوم عليها ، لا يمكن أن ينهض ويسود إلا فى إطار أسس خاصة تمثل بيئة اجتماعية ، أو بنية تحتية لتأسيس هذا المذهب وقيامه ، وذلك من خلال مجالين أساسيين هما: المجال الاقتصادى، والمجال السياسى .

(١) فى المجال الاقتصادى :

يقوم المذهب الفردى على أساس أن الفرد ولد حراً ، أى أن له الحق فى أن يزاول نشاطه المادى والفكرى والروحى ، ويحق له أن يستأثر بعوائد هذا النشاط ، وله على سائر الأفراد حق فى أن تحترم حريته هذه ،بيد أن حماية

حقوق جميع أفراد المجتمع تستلزم بالضرورة تقييد الحقوق الخاصة بكل منهم، حتى لا تقوم حرية الفرد وحقوقه على حساب حرية الآخرين وحقوقهم ، ولهذا جاء التقابل بين الحق والواجب ، ومن ثم تكون وظيفة القانون هى تهيئة الظروف والأسباب التى يستطيع الفرد فيها استعمال حقوقه والتمتع بحريته، والكفيلة – أيضاً – بمنع اعتدائه على حقوق الآخرين ، وبمعنى آخر: تقتصر وظيفة القانون على التوفيق بين الحقوق والحريات الخاصة ، ومنع التضارب فيما بينها ، وتقتصر وظيفة الدولة على حفظ الأمن فى الداخل وفى الخارج .

(٢) وفى المجال السياسى :

تقوم فلسفة المذهب الفردى على أساس من فكرة العقد الاجتماعى ، تلك الفكرة التى سادت بين فلاسفة القرنين السابع عشر والثامن عشر ، وخلاصة تلك الفكرة تتمثل فى أن المجتمع يقوم على أساس عقد أو اتفاق مبرم بين أفراد المجتمع والحاكم ، وذلك بقصد تكوين المجتمع وتنظيمه وتوجيه دفة الأمور فيه ، وصلة الأفراد بالمجتمع لا تجيئ إلا من خلال هذا العقد الذى يعطيهم جملة من الضمانات فى مواجهة السلطان ، وتفصيل ذلك أن الأفراد كانوا يعيشون فى الأصل على حالة من العزلة الطبيعية لا يقيدهم سلطان أو حاكم ، حتى انتهت تلك الحالة بواسطة هذا العقد الاجتماعى الذى عنى أول ما عنى بوضع حد لتلك العزلة الفطرية بإيجاد حكومة يتنازل لها كل فرد عن جزء يسير من حقوقه الطبيعية نظير احتفاظه بالجزء الباقى منها، وفى مقابل أن يشمله السلطان بحمايته ، ويوفر له المرافق الحياتية التى تسهل له مسعاه فى الحياة وتيسر عليه أسباب النشاط حتى يصل إلى ما يريد ، فمهمة الدولة – فى ظل تلك الفلسفة – تقتصر على حماية الحقوق الطبيعية التى احتفظ بها الأفراد، مع ملاحظة أن فكرة العقد الاجتماعى فى نظر أصحابه، ليست حقيقة تاريخية

واقعية ، وإنما هى فكرة افتراضية تصورية لتفسير أساس وجود المجتمع ليس إلا [1].

نتائج المذهب الفردى :

والمذهب الفردى – وفقاً لفلسفته السائدة – يؤدى إلى نتائج فى المجالات السياسية والاقتصادية ، والقانونية تتمثل فيما يلى :

(١) فى المجال السياسى :

تتمثل أولى نتائج هذا المذهب فى أن الناس ولدوا أحراراً ومن حقهم أن يعيشـوا أحـراراً ومتساوين فى الحقوق والواجبات ، فالحرية والمساواة هما الحقـان الطبيعـيان الأساسيان ، وتكون مهمة القانون – وكما سبق القول – منحصـرة فـى التوفـيق بين الحريات والحقوق الفردية المختلفة ، حتى يكفل وجودهـا واحترامها ، ووسيلته فى هذا تقييد هذه الحقوق على سبيل التبادل، ولكن دون أن يتجاوز هذا التقييد القدر الأدنى الضرورى لضمان حرية المجتمع وحقوقهـم ، ومـن ثـم كان دور القانون هنا، دوراً يكاد يكون سلبياً، ودائرته ضيقة ، ومجاله محدود ، فى حين أن النشاط الفردى يجب أن ينطلق إلى أوسع مدى[2].

(٢) وفى المجال الاقتصادى :

يؤدى المذهب الفردى إلى إطلاق حرية المنافسة الحرة، ويعتبرها المظهر الاقتصـادى للحرية الفردية ، ومفاد ذلك أن باب المنافسة الاقتصادية يجب أن يـترك مفتوحاً بين الأفراد فى المجال الاقتصادى ، ولا يجوز للدولة أن تتدخل من جانبها فى هذا الميدان[3].

---

(١) فى هذا المعنى: د. عبد المنعم البدراوى – مبادئ القانون – ص ٣٠ وما بعدها.

(٢) المرجع نفسه – ص ٣١.

(٣) المرجع نفسه – ص ٣٢.

وفى هذا المجال يرى (آدم سميث) ، وهو من زعماء الحرية الاقتصادية: أن سعى الأفراد نحو تحقيق حريتهم الاقتصادية الخاصة فقط وإن كان لا يتوجه قصــداً دون أن تتوجه إلى مصلحة المجتمع ، إلا أن هذا سيقود بالضرورة إلى أن يستغل كل فرد ماله فيما يعود على المجتمع بالنفع الكبير .

(٣) وفى المجال القانونى :

يترتــب علــى المذهب الفردى ، نتيجة هامة من الناحية القانونية ، هى جعــل الإرادة الحــرة والعقد فى المكان الأول ، فما يرتضيه الفرد بإرادته هو الحــق والعدل ، ومن ثم فإن العقود لا يجوز أن تخضع فى إنشائها وفى الآثار المترتبة عليها إلا لإرادة المتعاقدين وهو ما يعرف بمبدأ (سلطان الإرادة) ، ذلك المــبدأ الــذى استقر منذ زمان بعيد وأصبح أصلاً من الأصول التى تبنى عليها نظريات القانون ، وقد تفرعت عن هذا المبدأ نتيجتان هامتان :

أولهما : أن كافة الالتزامات والحقوق ، بل إن كل النظم القانونية ترجع فــى مصــدرها إلى الإرادة الحرة ، حيث لا يلتزم المتعاقدان إلا بإرادتهما ، ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه بنفسه أو بواسطة نائبه ، كما أن الأسرة تقوم كذلك ، على حرية الإرادة والملكية مبنية على حرية الإرادة ، بل إن الإرادة فى نظــر أصحاب هذا المذهب تمثل الأساس فى مشروعية العقوبة الجنائية ، لأن الــذى يخالف القانون قد ارتضى مقدماً جزاء خروجه على النظام فى المجتمع وقــبل توقــيع العقوبــة المقررة عليه ، وذلك من خلال افتراض العلم بها بعد نشرها فى الجريدة الرسمية ، وعلم الكافة بسريانها .

ثانــيهما : أن دور الإرادة لا يقتصــر على إنشاء الالتزامات ، بل يعد المــرجع الأساســى فــى تحديــد ما يترتب على هذه الالتزامات من آثار، فما يرتضيه الفرد بإرادته حق وعدل ، فمن تعاقد لا يجوز له أن يتحلل من التزامه بدعــوى أن غبــناً أصابه ، أو ظلماً لحق به ، ولهذا فإنه لايجوز للقاضى أن

يتدخل بدعوى العدالة ليعدل من التزامات طرفى العقد مهما تمخض هذا العقد عن ضرر بأحد طرفيه .

تقييم المذهب الفردى :

ولم يسلم المذهب الفردى رغم بريق المبادئ التى ينادى بها، والأفكار التى يقوم عليها من النقد فقد انحرف وهو فى غمرة تمجيده للحرية الفردية عن مراعاة الصالح الاجتماعى العام وأدى إلى زيادة سطوة الفرد فى مقابل سلطة المجتمع ، فى ظل وهم يقول: إن الصالح العام يتحقق من تلقاء نفسه بمجرد رعاية المصلحة الفردية ، فليس الصالح العام هو حاصل مجموع المصالح الفردية الخاصة، بدليل أن هناك مصالح عامة قد لا يفكر الأفراد فى القيام بها كالصحة والتعليم والدفاع والسياسة الخارجية، وهم إن قاموا بها لا يستطيعون أن يضمنوا لها ما تستحق من عناية ، وما تقتضيه المحافظة عليها من اهتمام .

وقد غالى المذهب الفردى فى إطلاق حرية الأفراد بمقولة أن حقوق الأفراد ما هى إلا حقوق طبيعية كانوا يتمتعون بها قبل انضوائهم تحت لواء الجماعة ، فى حين أن إثبات الحرية للفرد المنعزل ما هو إلا محض خيال لا وجود له .

وقد ثبت أن إطلاق الحرية للأفراد حتى يفعلوا ما يحلوا لهم ، أدى إلى تفشى الأنانية والأثرة ، وظهور فتن بين أصحاب رؤوس الأموال الذين يملكون كل شيئ فى مقابل فئة مغلوبة على أمرها لاتملك من أسباب الحياة أدنى شيئ ، فانقسم المجتمع بالتالى إلى فئات متناحرة كل فئة منها تعمل فى سبيل مصلحتها، وافتقد التواصل الاجتماعى بين كافة فئات المجتمع ، فتلاشت أهم عوامل الوحدة فيه .

ثانياً : المذهب الاشتراكى :

وعلـــى نقـــيض المذهب الفردى ، يقوم المذهب الاشتراكى ، الذى يعنى بالمجتمع ويسخر الفرد لخدمته وعندئذ يتدخل القانون إلى أقصى حد فى شئون الفرد وفى حريته ، ولذلك تتسع دائرة القانون فيه .

وتقـــوم فكرة المذاهب الاجتماعية أو الاشتراكية على أساس أن الإنسان كائـــن اجتماعى لا يصح أن ينظر إليه كفرد منعزل ومستقل عن الجماعة ، لأن الفرد عنصر من عناصرها ، كما أن المجتمع ليس جمعاً من الأفراد المستقلين المنعزليـــن ، ولكـــنه وحـــدة متجانسة يجب أن توجه جهود أفرادها إلى غاية مشتركة هى صالح المجموع [(١)].

ومن ثم فإن القانون فى هذا المذهب يجب أن يضع الصالح الاجتماعى فى الصـــف الأول، ويجـــب أن يسخر الفرد لخدمة الصالح العام، والفرد ليس هو مصـــدر القانون، وإنما مصدر القانون هو الضرورات والحاجات الاجتماعية ، وبهـــذا لا تكـــون وظـــيفة القـــانون هى المحافظة على حقوق الفرد أو تحقيق سعادته، وإنما تكون له وظيفة اجتماعية هى توجيه نشاطه نحو غاية مشتركة هى الصالح العام للمجموعة .

وبناء على ذلك ؛ فإن القانون لا يجوز أن يقف موقفاً سلبياً أمام الحرية الفردية ، بل يقوم بدور إيجابى من جهة إصلاح ما يوجد بها من عيوب ، وسد مـــا تـــنطوى عليه من نقص بواسطة القوانين البشرية التى تضعها الجماعة ، وشعار المساواة لا يعنى دائماً وجود المساواة الفعلية ، لأن الأفراد يختلفون من الناحـــية الاجتماعـــية قـــوة وضعفاً ، فهناك الأقوياء كأرباب العمل والضعفاء كالعمال ، وهناك شركات لاحتكار جمهور المستهلكين ، ومن ثم أصبحت الحرية

---

(١) المرجع نفسه – ص ٣٤.

الفـردية والمسـاواة القانونـية سـلاحاً فى يد الأقوياء ضد الضعفاء ووسيلة لاستغلال القادر للمعدم .

والحـرية فـى نظـر أصحاب هذا المذهب ليست حقاً طبيعياً ، وإنما هى منحة من الجماعة ، فالجماعة هى المصدر الوحيد للحرية الفردية، ومن ثم فإن الفـرد لا يتمـتع من تلك الحرية إلآ بالقدر الذى تتفضل به الجماعة ، وهى – بالطبع – لن تعطيه منها إلا ما يتفق مع تحقيق مصالحها ، ولهذا فإن منح تلك الحرية فى الضيق والسعة مرهون بتقدير الجماعة ووفق حاجتها .

ويختلف أصحاب هذا المذهب فى كيفية تحقيق مبادئه تطرفاً واعتدالاً من أجـل الوصـول إلى المساواة المنشودة ، فمنهم من ذهب إلى حد إلغاء وجود الفـرد واعتـباره ترساً فى الآلة، كما ألغى الملكية الفردية إلغاءً تاماً ، وجعل المـالك الوحـيد لوسائل الإنتاج هو الدولة . ومنهم من رأى تخفيف حدة ذلك الـتطرف بإسناد جزء من الملكية للأفراد أو احتفاظهم بها فى مقابل أن توجه لصـالح المجموع تحت رقابة الدولة ، على أن تعتبر الملكية وظيفة اجتماعية وليست حقاً خالصاً .

ولا يجـوز إطـلاق العنان للإرادة بدعوى أنها هى صاحبة السلطان فى إنشـاء ما ترى من روابط وعلاقات ومراكز قانونية ، لأن للقانون اليد الطولى فى هذا المجال ، فهو الذى يملك أن يقيد إرادة الأفراد بنصوص آمرة ، وقواعد شـكلية لا تجـد الإرادة حيلة فيها ، ولا تملك حيالها أدنى قدر من الحركة أو النشاط ، ومن ثم كان القانون أداة طولى فى يد الدولة تدخل بها متى شاءت فى نشـاط الأفـراد لتوجهه إلى حيث تريد ، ووفق خطط مرسومة ، ولهذا يتسع نطاق القانون فى هذا المذهب .

ويظهر اتساع نطاق القانون فى المذهب الاشتراكى من خلال أمرين هما:

(١) النصوص القانونية الآمرة :

وهـــى نصوص يقررها المشرع ويفرض تطبيقها على نحو آمر لايجوز معـــه للأفـــراد أن يتفقوا على ما سواها ، وإذا وقع اتفاقهم على سوى ما هو مقرر بتلك القواعد ، فإن اتفاقهم هذا يقع باطلاً ، وفى النهاية لا يصح العمل إلا بالنص الآمر ، حتى ولو اتفق الأفراد على سواه .

(٢) الشكلية :

والشـــكلية نظام قانونى يفترض القانون أن التصرف لا يصح إلا إذا جاء مفرغاً فيه ، فإذا لم يفرغ التصرف فى الشكل المطلوب ، فإنه لا يكون له وجود قانونى ويقع باطلاً .

والغالـــب فـــى الشكل الذى يستلزمه القانون أن يكون هو الكتابة التى قد تكون رسمية كما هو الشأن فى هبة العقار ، وفقاً لما تقضى به المادة (٤٨٠) مدنـــى ، وقـــد تكون تلك الكتابة عرفية ، كما هو الشأن بالنسبة لعقد الشركة المدنـــية ، وفقـــاً لمـــا تقضى به المادة (٥٠٧) مدنى، وقد لا يكون الشكل هو الكـــتابة ، لكـــنه يتمثل في تسليم الشيئ محل التصرف كما هو الشأن فى هبة المنقول ، حيث لا تنعقد الهبة فيه إلا بتسليم الموهوب المنقول [١].

ويلاحـــظ – كما سبق البيان – أن الاشتراكيين لم يتفقوا على القدر الذى يجـــب أن يـــتدخل بـــه القانون فمنهم من توسع فى هذا لدرجة المناداة بالغاء الملكـــية الخاصـــة وجعل الدولة مالكة لجميع وسائل الإنتاج، ومنهم من ضيق فنادى بالإبقاء على الملكية الخاصة على أن توضع لها قيود بغية تحقيق الخير للجميع [٢].

---

(١) د. شمـــس الدين الـــوكيل – نظرية الحق – ص ١٨١، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٨٨.

(٢) د. جمال الدين طه العاقل – دروس فى نظرية القانون – ص ٣٩.

تقييم المذهب الاشتراكى :

(١) لا شــك أن المذهــب الاشــتراكى كان له أكبر الأثر فى إظهار المساوئ الاجتماعية والمخاطر التى أحاطت بالمجتمع نتيجة الأخذ بالمذهب الفردى ، فقد ظهــر بجــلاء أن ســعادة المجتمع وتحقيق الخير له لا يمكن تحقيقه إذا ترك الحرية للأفراد يعملون وفق ما يريدون وحسب ما تقتضيه مصالحهم الخاصة ، بــل تسبب ذلك فى نتيجة عكسية أدت إلى كثير من الظلم الاجتماعى لأن بعض الطــبقات قد أساءت استعمال الحقوق الخاصة فى الظلم ، وانحرفت عن مجال الحماية المقررة لها قانوناً حتى غدت عقبة فى سبيل تقدم المجتمع ، وحسرت وسائل الإنتاج من خلال تفرغ العمال للإدارة والقيادة .

(٢) ومــن عــيوب المذهب الاشتراكى أن المغالاة كان من شأنها أن أدت إلى تدخــل الدولة فى شتى الميادين تدخلاً أسيئ استخدامه وأدى إلى انعدام الحافز الشخصــى ، وبالــتالى ضياع أثر المجهود الفردى ، لكن يلاحظ أن كثيراً من الــدول التى تأخذ بهذا المذهب لم تصل إلى هذا الحد بل لم تغال فى تدخلها إلى أوجــه النشــاط المخــتلفة، فهى تحترم الحرية الفردية فى حدود ما يسمح به القــانون ، كما تحترم الملكية الفردية مع وضع قيود عليها حتى لا تخرج عن أداء مهمتها باعتبارها وظيفة اجتماعية .

(٣) ويمكــن القول: إن المذهب الاشتراكى فى صورته المعتدلة تعتنقه معظم دول العالم فى وقتنا الحالى(١)، وإن كان الفكر القانونى المعاصر فى مصر ، قد بدأ يجافيه إلى حد كبير على نحو ما سنرى .

أثر المذهبين فى القانون المصرى :

ولقد كان لهذين المذهبين أثر بارز فى القانون المصرى ، لكن هذا الأثر اتخــذ شــكل التــتابع الــتاريخى ، أو الانتقال فى الأخذ بأى منهما من مرحلة

---

(١) المرجع نفسه ، د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٣٦ وما بعدها.

تاريخـــية إلـــى أخرى ، فأخذ بالمذهب الفردى فى بدايات نشوئه ، ثم عدل إلى المذهـــب الاشتراكى فى صورة تكاد تكون طاغية على المذهب الفردى ، وتؤكد سـيطرة الدولة على وسائل الإنتاج ، ثم بدأ المد الفكرى للمذهب الفردى يعود مرة ثانية إلى ساحة الحياة القانونية والاقتصادية من خلال ما يعرف بخصخصة وسائل الإنتاج أو العودة بالنشاط الاقتصادى إلى دائرة النشاط الفردى ، ويمكن إلقاء الضوء على ذلك :

فـــى بدايـــة النشـــاط التشـــريعى ، عندما وضعت المجموعات القانونية المصـــرية فى عام ١٨٧٥ (المجموعات المختلطة) وعام ١٨٨٣ (المجموعات الأهلـــية) تمـــيزت هـــذه المجموعـــات بـــنزعة فردية واضحة ، وجاءت تلك المجموعات تعبيراً صادقاً عن فكر المذهب الفردى .

ولما كانت الملكية هى العلامة الدالة على شكل النظام والفكر الاقتصادى الســـائد فـــى المجـــتمع فإنها كانت تعرف الملكية بما يبرز تلك النظرة الفردية الخالصة ، وكانت تنص على أن حق الملكية هو: "حق المالك فى الانتفاع بملكه والتصـــرف فـــيه بطـــريقة مطلقـــة" ، ولم يتضمن قيوداً على حرية المالك فى الانتفاع بملكه ، ولا إلى حدود استعمال تلك الملكية .

كما كانت تلك المجموعات تطلق العنان لمبدأ سلطان الإرادة ، وتعمل مبدأ العقـــد شـــريعة المتعاقدين إلى أبعد مدى ، ولم يكن ثمة قيد على حرية الإرادة سوى ذلك القيد العام الذى لا يقضي بعدم الخروج على النظام العام والآداب فى المجتمع .

ومـــع تطور الزمن بدأ المشرع المصرى يتأثر بالتيارات الاشتراكية التى بـــدأت ريحهـــا تهـــب علـــى مصر فى منتصف القرن الماضى . فأصدر بعض التشـــريعات المـــنظمة لعلاقـــات العمـــال بأصحاب الأعمال، واعترف بالنقابات العمالـــية ،مع ما تنطوى عليه تلك التشريعات من مخالفة واضحة لمبدأ سلطان

الإرادة ، الــذى يعتبر من ثوابت المذهب الفردى ، كما أصدر قانون التعويض عــن إصــابات العمــل الذى يسأل به صاحب العمل عن الحوادث التى تصيب العــامل، حــتى ولو لم يثبت خطأ من جانبه أدى إلى وقوع الإصابة ، وقد حل القــانون رقــم ٩١ لســنة ١٩٥٩ المعــروف بقانون العمل الموحد محل تلك التشــريعات ، كما صدر فى نفس الوقت القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ الخاص بالتأمينات الاجتماعية الذى ينظم التأمين ضد إصابات العمل والشيخوخة والعجز والوفاة .

ولمــا صــدرت المجموعة المدنية الجديدة المعمول بها حالياً والتى بدأ سريانها ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، جاءت مدعمة لاتجاه معتدل ينطلق من المذهب الفردى بعد تهذيبه فى بعض النواحى على أساس الفكر الاشتراكى، وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية : "والاتجاه الرئيسى الأخير أن المشروع من ناحية ما يقوم عليه من أسس اجتماعية واقتصادية إنما يجارى نزعات عصره، فلا يقف من الديمقراطية عند معناها القديم ، بل يساير ما لحق بها من تطورات عمــيقة، ســتكون الآن بعــد أن وضعت الحرب أوزارها أبعد مدى وأبلغ أثراً، فالمشروع لا يقدس حرية الفرد إلى حد أن يضحى من أجلها بمصلحة الجماعة، ولا يجعــل من سلطان الإرادة المحور الذى تدور عليه الروابط القانونية بل هو يوفــق مــا بين حرية الفرد ، ومصلحة الجماعة ، ثم هو بين الفرد والفرد لا يــترك القوى يصرع الضعيف بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية ، فليس الفرد حراً فى أن يتخذ ما هيأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة تكئه ليتعسف ويتحكم ، لذلك يقف المشروع إلى جانب الضعيف فيحميه كما فعل فى عقــود الإذعــان عــندما جعل تفسير ما اشتمل عليه من شروط تعسفية محلاً لتقدير القاضى ، وكما فعل فى النصوص الخاصة بالاستغلال عندما أوجب على القاضــى أن يتدخل لنصرة المتعاقد إذا استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته

أو ضعف إدراكه ، وكما فعل فى حماية العامل عندما أحاط عقد العمل بسلسلة قوية من الضمانات تدرأ عنه تعسف رب العمل ، وهو إلى كل هذا وقبل كل هذا يضع مبدءاً عاماً ينهى فيه عن التعسف فى استعمال الحق .

ويبدو المشروع كذلك ظاهر الرفق بالمدين، فهو يوجب على القاضى أن يتدخل لحماية المدين المرهق إذا طرأت ظروف استثنائية لا يمكن توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، فواجب القاضى إذ ذاك أن يوازن بين مصلحة المتعاقدين، وأن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

وتقول المذكرة : ويقيد المشروع حق الملكية فيجعل لهذا الحق وظيفة اجتماعية لا يجوز أن ينحرف عنها المالك ، فهو فى أول نص يعرف فيه الملكية فيقرر أن لمالك الشيئ- مادام ملتزماً حدود القانون- أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية ، ثم أورد بعد ذلك من التطبيقات ما يؤكد هذا الاتجاه ويقويه، فالمالك لا يجوز له أن يغلو فى استعمال ملكه إلى حد يضر بملك الجار ، فحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة عامة ، بل ومع مصلحة خاصة هى أولى بالحماية ، فالمشروع يقيد من حق الملكية رعاية للمصالح المشروعة وتحقيقاً لمبدأ التضامن الاجتماعى.

وتختتم المذكرة الإيضاحية ذلك بقولها: كل هذا دون غلو ولا إسراف ، فلا تزال حرية الفرد وسلطان الإرادة وحقوق الدائنين واحترام الملكية محلاً لنصوص كثيرة فى المشروع تلمح فيها أثراً ظاهراً للتوفيق ما بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة ، وبذلك يكون المشروع قد سجل بأمانة ما تمخض عنه القرن العشرون من مبادئ العدل الاجتماعى ، فهو يحمل طابعاً قوياً من حضارة العصر ومدنية الجيل " .

وهكذا أصدرت المجموعة المدنية المصرية متأثرة بالاتجاهات الاشتراكية الجديدة فى بعض نواحيها وذلك بقصد تلافى مساوئ إطلاق المذهب الفردى .

(١) هـذا وقد قوى تأثير التيار الاشتراكى فى مصر بعد ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ، وأصـبح من ضمن أهداف الحكومة إقامة مجتمع ديمقراطي اشتراكى تعـاونى ، وكـان لهـذا التوجه صداه فى نواحى التنظيم القانونى المختلفة ، فصـدرت قوانين الإصلاح الزراعى بقصد القضاء على الإقطاع وتحديد الملكية الزراعـية ، وأجـيز للعمـال الزراعيـن تكوين نقابات للدفاع عن مصالحهم المشتركة ، وصدرت قوانين التأميم .

كمـا برز الطابع الاشتراكى فى أول دستور قامت الثورة بوضعه وأعلن فى ١٦ يناير سنة ١٩٥٦، وقد نص فى مادته الرابعة على أن التضامن أساس المجـتمع المصـرى ، وأن الاقتصاد القومى يسير وفق خطط مرسومة تراعى فـيها مـبادئ العدالـة الاجتماعـية ، ونص فى المادة (١١) على أن الملكية الخاصة مصونة، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية .

كمـا نص الدستور الدائم الذى صدر فى شهر سبتمبر سنة ١٩٧١ على أن مصـر دولـة تطلعهـا ديمقراطى اشتراكى وأن الأساس الاقتصادى لها هو الـنظام الاشـتراكى القـائم على الكفاية والعدل ، بما يحـول دون الاستغلال ويهـدف إلى تذويب الفوارق بين الطبقات (مادة ٤) وأن التضامن الاجتماعى أساس المجتمع (مادة ٧) .

ثالثاً : الفكر القانونى المعاصر :

بيد أن تلك النزعة الاشتراكية الواضحة والتى وجدت لها اعتباراً فى تشريعات الإصلاح الزراعى والتأميم والتشريعات العمالية التى قامت بتقوية قبضة العمال والفلاحين على وسائل الإنتاج وأتاحت لهم حرية تكوين النقابات والمشاركة فى مجالس الإدارات ، والتنظيمات النقابية والمجالس التشريعية بما

لا يقل عن خمسين بالمائة لعدد أعضائها وما صاحب ذلك من النظم التى وجدت لها تطبيقاً واسعاً فى مجال الملكية الخاصة ، والعلاقة بين الملاك والمستأجرين على نحو ينظر إلى العمال والمستأجرين على أنهم الطرف الضعيف الذى يجب حمايته، وكان الطريق لذلك هو شمولهم بالحماية من خلال النصوص القانونية الآمرة التى لا يجوز لأحد الخروج عليها ، بل إن القانون قد وصل إلى مدى أبعد من هذا حين فرض للعمال حقوقاً ولم يجز لهم أنفسهم أن يتنازلوا عنها ، بمقولة أنه يجب حماية العمال من أنفسهم ، وقد أدى ذلك الغلو فى مناصرة طرف على آخر أن مالت الكفة لصالح العمال والمستأجرين، فلم يحفظ بعضهم النعمة ، ولم يحسنوا استعمال السلطات الممنوحة لهم ، فأهملوا الإنتاج وفوجئنا بمشروعات اقتصادية كانت قبل تلك التغييرات القانونية عملاقة فى إنتاجها ضليعة التأثير فى الدخل القومى ، مثل مصانع النسيج ، والحديد والصلب، والألبان والمنتجات الزراعية ، يحقق خسارة كبيرة من جراء تلك النظم الاقتصادية التى ركزت على تدليه العمال دون مراعاة للمصلحة العامة، ووضع الضوابط التى تكفل زيادة الإنتاج أو على الأقل المحافظة عليه ، فكان العمال حريصون على ممارسة حقوقهم دون أدنى اهتمام بالواجبات الملقاة عليهم فى حماية الإنتاج وزيادته ، واستبان بعد فترة أن ما قيل بهذا الصدد لم يتجاوز مرحلة الشعارات البراقة والعبارات الرنانة التى لم تجد لها من الواقع ما يصدقها ، وصحا الناس على الخسارات تلو الخسارات تصيب قلاع الإنتاج الصناعى ، بل والاستهلاكى ، فأصبحت المؤسسات الاستهلاكية التى أنشئت لحماية الناس من استغلال رأس المال الفردى ، هى الأخرى تلحق بقوافل المؤسسات الخاسرة من جراء التسيب والاختلاس وعدم الحرص على المصلحة العامة ، وقصور أدوات الرقابة عن ملاحقة العمال ، حيث لايجوز توقيع العقاب عليهم إلا باجراءات مشددة تجعلهم فى الأغلب الأعم محصنين من توقيع تلك

الجزاءات، بل ومن الفصل ، وكان لابد من التغيير الذى يستهدف تصحيح ذلك الوضع عن طريق الخصخصة ، والعودة إلى الفكر الرأسمالى ، وأفكار المذهب الفردى فى الإنتاج وتعيين العمال ، وما زال ذلك التوجه فى بدايته ، لكنه يشهد تطوراً ملحوظاً .

أساس التشريع الإسلامي :

وإذا كان القانون الوضعى ينشأ وليداً للأفكار الفلسفية والاجتماعية السائدة في المجتمع والتى تفرض على شكل القاعدة القانونية ومضمونها أن يكونا محكومين بتلك الأفكار ومضمونها ، فإن التشريع الإسلامي وليد الوحي وتنزيل من لديه خالق الكون ومدير شئونه ، وهو – سبحانه – لا يعزب عن علمه مثقال ذرة في السماء أو في الأرض ، كما أن علمه لاتحده حجب الزمان أو المكان ، ولذلك فإنه يعلم عن عباده ما لا يستطيعون أن يحيطوا به ، ويحكم تصرفاتهم بتدبيره الحكيم على نحو لا يقصدونه ، ليكون فضله عليهم إكراماً لهم رغم أنوفهم ، ورحمة بهم ربما لم يكونوا يريدونها أو حاولوا التنكر لها ، وإذا شرع لهم نظاماً ، فإنه لا بد أن يصيب عين الحكمة ، ويقع على صميم المصالح المرجوة لهم بما يحفظها ويعصمها من أن تنقلب إلى ضرر بهم أو خطر عليهم ، لأن هذا التشريع نابع من علم حقيقى ومن إدراك لكنه الأمور في حاضر أيام الناس وقادمها .

وإذا كان الوحي أساسه ومنبع مصادره ، فإنه لابد أن يكون منجرداً وموضوعياً على نحو يحقق مصالح الناس أجمعين بدرجة متساوية بعيدة عن المحاباة والتحيز لجانب على حساب آخر ، ويكون التشريع النابع منه كفيلاً بالخلود والدوام إلى يوم القيامة لذلك ، كما أن تأثر التشريع الوضعى بالأفكار السائدة هو الذى يفسر تغيره كل فترة من الزمان ويبين سر حاجته المستمرة للتعديل والتنقيح ،لأن أفكار المجتمع تتغير كل فترة بتغير الظروف المحيطة بها، وإذا

تغيرت تلك الأفكار ، فإن القانون الذى ينشأ في ظلها لابد أن يكون بحاجة إلى التغيير بما يتواءم مع واقع الأفكار المستجدة ، وهذا يبرر مدى مابين التشريعين من فرق جوهرى يضفى على التشريع الإسلامي اختصاص الدوام والخلود والأبدية ، ويجعل القانون الوضعى متغيراً ومؤقتاً ، وغير مستقر على حال ، وفي حاجة إلى التعديل والتنقيح على مر الأيام .

المبحث الثانى
نطاق تدخل القانون من خلال
القواعد الآمرة ، والقواعد المكملة

وفـــى نطـــاق تدخـــل القانون لتنظيم سلوك الأفراد فى المجتمع ، تنقسم القواعـــد القانونـــية إلـــى قســمين هما : القواعد القانونية الآمرة ، والقواعد القانونية المكملة ، ونبين ذلك في مطلبين :

المطلب الأول
القواعد القانونية الآمرة
الفرع الأول
القواعد القانونية الآمرة في القانون

يعرف الفقه القواعد القانونية الآمرة ؛ بأنها جملة القواعد القانونية الباتة أو الناهية التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، أو استبعاد أحكامها، وهذه القواعد مفروضة فرضاً على الأشخاص لايملكون حيالها أن يتنصلوا منها ، أو يعملوا ما يخالفها ، ولذلك فإن المشرع غالباً ما يلجأ إلى

تنظيم سلوك الأفراد من خلال تلك القواعد ، إذا كانت المصلحة التى يراد حمايتها متعلقة بالنظام العام أو الآداب فى المجتمع ، أو كان أمرها متعلقاً بالمصالح الأساسية فيه ، وذلك يغل المصالح التى تنظم هيئات الدولة أو تلك التى تتعلق بالأمن الداخلى ، أو بالأمن الخارجى ، أو نظام الأسرة ، أو تحديد شكل السياسة الاقتصادية المتبعة ، أو تحديد شكل التمثيل البرلمانى بنسبة معينة من العمال والفلاحين ، مثل ما هو حاصل الآن بتحديدها من خلال النص الآمر الذى لا يسمح بأن تقل نسبة تمثيل تلك الفئات عن خمسين بالمائة من جملة الأعضاء الذين يمثلون الأمة .

مجال القواعد القانونية الآمرة :

ومن خلال تعريف القواعد القانونية الآمرة يبدو أن مجالها يتعلق بالمصالح الأساسية فى المجتمع والتى لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالفها ، ومنها القاعدة القانونية التى تحرم القتل فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالفها ، ولو كان ذلك برضا المجنى عليه ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالنصوص التى تحرم الإتجار فى المخدرات، فهذه النصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ولو وقع مثل هذا الاتفاق، فإنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ومن هذا القبيل : القاعدة القانونية التى تحرم التعامل بالربا ، وتضع سعراً أعلى للعائد لا يجوز للأفراد الزيادة عليه ، فهذه القاعدة تعتبر من قبيل القواعد الآمرة ، وأيضاً القواعد القانونية المتعلقة بالمحرمات من النساء ، وحق الزوج فى إيقاع الطلاق ، ووواجب تربص المرأة فترة العدة عقب الطلاق أو الوفاة ، والأحكام المتعلقة بالنسب والضرائب وكل اتفاق على ما يخالف تلك القواعد يعتبر اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام والآداب[1].

---

(١) د. عبد الناصر العطار – مبادئ القانون – ص ٥٢ وما بعدها، د. جمال الدين العاقل – السابق – ص ٧٢ وما بعدها.

الفرع الثاني

القواعد الشرعية الخارجة عن التعاقد

وإذا كانت القاعدة القانونية الآمرة هي القاعدة التى يلتزم بها الأفراد ، ولا يجوز لهم أن يتفقوا على ما يخالفها ، فإن ذلك يقابل في التشريع الإسلامي، ما يمكن تسميته بالقواعد الشرعية الخارجة عن التعاقد ، أو التى لا يجوز أن تكون محلاً للاتفاق ، وإذا ورد الاتفاق عليها ، فإنه يكون باطلاً ليس له وجود شرعاً ، كما أنه لا يترتب عليه أثر يعتد به .

ومن ذلك الأمور المحرمة كالقتل والزنا ، فلا يجوز أن تكون تلك المحرمات محلاً لعقد بأن يتفق انسان مع آخر على قتل انسان نظير أجر معين، فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً ، لكن هذا البطلان لا يمنع من اعتبار ذلك الاتفاق تحريضاً على القتل ، أو اشتراكاً في جريمة الشروع فيه إذا لم يقع ، أما إذا وقع فإنه يمكن أن يعتبر اشتراكاً في الجريمة وأما الزنا فإنه لا يجوز أن يكون محل اتفاق بين رجل وامرأة ، وإذا حدث مثل هذا الاتفاق فإنه يكون باطلاً ، ومن أمثلة القواعد الملزمة تحريم الربا والمخدرات وأمثالهما ، فلو أن اتفاقاً جرى بين طرفين على صفقة مخدرات ، فإن هذا الاتفاق يكون لغواً وباطلاً ، وكذلك الاتفاق على التعامل بالربا ، فإنه لا يؤدى إلى مشروعية ، ولا يجب به إلا المثل من غير زيادة ، ومن ثم يكون الاتفاق عليه باطلاً ولا أثر له.

ومن الأمور التى لا يجوز الاتفاق عليها ؛ تنازل الأم عن حضانة طفلها ، لأن تلك الحضانة مقررة لمصلحة الصغير ، ومن ثم فإنه إذا جرى الاتفاق عليها ، فإنها لا تسقط به ، ولا يعتد بهذا الاتفاق .

ومن الأمور التى لا يجوز الاتفاق عليها ، النسب فلا يجوز الاتفاق بين رجلين على أن يسقط أحدهما نسب ولده للآخر ، لأن النسب من حقوق الله ، وقد أوجب الله تعالى أن ينسب كل ولد إلى أبيه الذى انسل منه ، وإلى أمه التى

ولدته ، وفقاً لقول الله تعالى : " ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم"(١) ، وقال سبحانه : " إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم " (٢)، وقد روى أبو هريرة – رضى الله عنه – أنه سمع النبى – صلى الله عليه وسلم – حين نزلت آية الملاعنة يقول : " أيما إمرأة أدخلت على قوم من ليس منهم ، فليست من الله في شيىء ، ولن يدخلها جنته ، وأيما رجل جحد ولده ، وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رءوس الخلائق في الأولين والآخرين (٣)" .

والخروج على الحاكم حرام ، فإذا اتفق طرفان عليه ، فإن اتفاقهم يكون باطلاً ولا يعتد به ، والاتفاق بين رجلين على تأجير رحم زوجته للآخر لتحتضن نطفته باطل ولا يعتد به ، لحرمة المحل وخروجه عن دائرة التعامل ، واختصاص النفع به على صاحبه ، ولأن تكون جنين لأجنبى في أحشائها سوف يؤدى إلى اختلاط الأنساب ، وهو مما تحرمه الشريعة ، وكذلك الاتفاق الوارد على أن المرأة لا عدة لها ، أو العقد الوارد على إحدى المحرمات من النساء والأموال العامة خارجة عن دائرة التعامل لتعلق حق الله بها ، وحق الله مما يحقق النفع العام لجميع الناس ، ومن ثم فإنه لا يجوز أن يختص به فرد أو جماعة ، فالشوارع ، والأنهار والمستشفيات العامة والطرقات والميادين والمرافق العامة لا يجوز أن تكون محلاً للتعاقد ، وإذا تعاقد طرفان عليها ، فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لحظر تملك الأفراد لتلك المرافق العامة .

وغنى عن البيان أن العبادات لا يجوز أن تكون محلاً للتعاقد ، فلا يجوز الاتفاق على إسقاط الصلاة ، أو الإعفاء من الزكاة ، أو الصيام أو الحج ، لأن تلك العبادات حقوق مطلقة لله تعالى ، وما كان من حقوق الله فإنه لا يجوز أن

---

(١) سورة الأحزاب – من الآية ٥ .

(٢) سورة المجادلة – من الآية ٢ .

(٣) رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ، راجع : سبل السلام للصنعانى – جـ ٣ – ص ٣٦١.

يرد عليه الاتفاق فيما بين الناس ، بل الواجب عليهم أن يمتثلوا له طاعة وخضوعاً .

مجال القواعد الشرعية الخارجة عن التعاقد :

ويبدو من بيان الأمثلة التى سيقت لبيان القواعد القانونية الخارجة عن مجال الاتفاق ، أن حظر الاتفاق بين الأفراد في تلك القواعد، وعدم ترتيب آثارها بسبب ذلك ، مرجعه إلى أن محل ذلك الاتفاق أمور خارجة عن دائرة التعامل ، لأنها تتعلق بحق الله تعالى ، وإذا كانت حقاً من حقوق الله تعالى ، فإنه لا يجوز الاتفاق على نقلها من شخص لآخر أو الاستئثار بها من شخص دون آخر ، كما أن المصلحة العامة لكل الناس تقتضى أن يكون الانتفاع بتلك الأمور شائعاً بين الكافة ، ولو اختص به أحد دون آخر لأدى ذلك إلى هرج في الكون وفساد كبير ، ولأوقع ذلك الناس في حرج ومشقة يصعب العيش معهما ، ولهذا اقتضت حكمة الله العليم القدير أن يكون النفع بتلك الحقوق عاماً ، وأن يعصمها من التعامل الفردى وجريان الاتفاقات بشأنها لذلك .

المطلب الثانى

القواعد القانونية المكملة أو المفسرة

الفرع الأول

القواعد المكملة في فقه القانون

والقواعـد القانونية المكملة أو المفسرة ، هى تلك التى يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالفها ، ووجودها لا يؤثر فى توجه الإرادة إلى ما سواها، ولا تؤدى تلك المخالفة إلى بطلان الإرادة ، وقد صاغها المشرع لتكون أداة فى يد الـناس يستأنسون بها عند صياغة اتفاقاتهم أو إنشاء عقودهم ، فيهتدون بها عـند صـناعة تلك الاتفاقات ، وهى هنا تمثل الرضا المفترض بين الأطراف ،

بمعنى أنهم إذا ما فكروا في إنشاء عقودهم فإنهم لن يبتعدوا – غالباً – عنها ، فهي تنظم السلوك الخاص بالأفراد والذى لا يتعلق بالمصالح الأساسية للمجتمع.

فمثلاً في عقد البيع ، جرت العادة أن يتفق المتعاقدان فيه على المبيع والثمن ، ومن النادر أن يتفقا على تحديد وقت تسليم البيع ومكانه أو ضمان عيوبه ، وفي هذه الحالة يقوم القانون بمعالجة هذه المسائل بقواعد مقررة ومكملة لاتفاق المتعاقدين ، ومن ثم يكون للمتعاقدين حرية الاتفاق على تحديد وقت التسليم ، أو مكان آخر لتسليم المبيع غير الوقت أو المكان الذى حدده القانون(١).

وتسمى هذه القواعد ، بالقواعد المقررة ، أى التى تقرر الحكم الذى يفترض أن أطراف العقد سيتفقون عليه لتنظيم العلاقة فيما بينهم، وتسمى أيضاً، بالقواعد المفسرة ، لأنها تفسر إرادة المتعاقدين الغامضة .

حدود الإلزام فى القواعد المكملة :

وليس معنى أن تلك القواعد مكملة ، أنه يجوز استبعاد حكمها أو تلافى تطبيقها أو أنها ليست ملزمة، لأن القواعد القانونية ، سواء أكانت قواعد آمرة أم مكملة تعتبر ملزمة . لأن الإلزام شرط من شروط إنشاء القاعدة القانونية ، وغاية ما فى الأمر ، أن أى قاعدة قانونية آمرة، كانت أو مكملة ، لا تنطبق إلا فى حالة توافر الشروط اللازمة لانطلاقها ومن هذه الشروط بالنسبة للقاعدة المكملة ، عدم اتفاق الأفراد على استبعاد حكمها ، بمعنى أنه إذا لم يتم الاتفاق على ما يخالف حكمها أصبح هذا الحكم ملزماً لهم(٢).

(١) د. جمال الدين العاقل – السابق – ص ٧٤، د. عبد الناصر العطار – ص ٥٣، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٩١ وما بعدها.

(٢) د. عبد الناصر العطار – السابق.

كما أنه ليس صحيحاً ما ذهب إليه بعض الشراح من أن القواعد المكملة اختيارية ابتداء ملزمة انتهاء بمعنى أنها تكون غير ملزمة قبل الاتفاق على ما يخالفها ، أو بعد الاتفاق على مخالفتها وملزمة عند عدم الاتفاق على مخالفة أحكامها ، لأن القواعد القانونية لا يتصور وجودها إلا إذا كانت ملزمة فى الابتداء والانتهاء ، ولا يمكن القول بتغيير طبيعتها لسبب راجع إلى إرادة الأفراد ، غاية ما فى الأمر، أن تطبيق القواعد المكملة معلق على شرط عدم الاتفاق على مخالفتها ، وذلك على عكس القواعد الآمرة ، فإن تطبيقها ليس معلقاً على هذا الشرط (1).

ويهتدى المشرع فى وضع القواعد المكملة لإرادة الأفراد باعتبارين :

أولهما : أنه يهدف فى بعض الحالات إلى تلمس الإرادة المفترضة للطرفين ، بمعنى أنه ينظم العلاقة القانونية على النحو الذى كانت إرادة الطرفين سوف تتجه إليه، لو أنهما أعلنا عن إرادتهما صراحة باتفاق خاص ، وذلك على نحو ما فعله المشرع فى تنظيمه للعقود الجارية كالبيع والإيجار وغيرهما .

ثانيهما : أنه فى حالات أخرى يراعى فى هذا التنظيم المكمل لإرادة ذوى الشأن العادات الجارية فى المعاملات ، أما القواعد الآمرة، فقد فرضها المشرع على إرادة الأفراد فرضاً ، فتلك المسائل التى قدر أنها وثيقة الصلة بالمجتمع ، والأسس التى يقوم عليها تنظيمه ، وهى مسائل لا يجوز أن تترك لإرادة الأفراد الحرة .

---

(1) د. جمال الدين العاقل – ص ٧٦، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٩٣، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٣٢ وما بعدها، د. توفيق فرج – ص ٨٨، د. أحمد سلامة – ص ٥٥، د. حسن كيرة – فقرة ١٦، د. شمس الدين الوكيل – فقرة ٦٣.

الفرع الثاني

القواعد الشرعية التى يعتريها الاتفاق

إذا كان ثمة قواعد شرعية تخرج عن دائرة الاتفاق لتعلق النفع العام بها وتعاظم الخطر فيها ، بما يجعلها تتأبى أن تكون تحت سيطرة فرد أو إمرة مجموعة دون كافة الناس في المجتمع ، وهذه القواعد تسمى القواعد الآمرة في فقه القانون ، فإن هناك جانباً آخر من القواعد التى يمكن أن تكون محلاً للاتفاق ويجوز فيها أن تكون موضوعاً للصلح ، أو العقد في القانون والتشريع الإسلامي معاً .

ومن ذلك أنه إذا كان قتل النفس محرماً ، ولا يجوز أن يكون محلاً للاتفاق بين طرفين في عقد ، فإن من العقوبات المقررة فيه الدية إذا كان القتل عمداً ، ولم يتسن استيفاء القصاص ، فإن العقاب يئول إليها ، وكذلك الأمر إذا اتفق أولياء الدم عليها ابتداء ، وعدلوا عن القصاص من الجاني ، هنا يجوز أن تكون الدية محل اتفاق .

ومن ذلك المهر ، فإنه حق خالص للمرأة ، وإذا كان حقاً خالصاً لها يكون لها أن تتفق عليه في وجوده وفي مقداره ، أو أن تتنازل عنه ، ومثل ذلك النفقة المقررة للزوجة ، أو المتجمدة لها في ذمة الزوج فإنها يمكن أن تكون محلاً لاتفاق بينهما تسقط به تلك النفقة .

والدين المستحق لدائن في ذمة مدين ، يجوز أن يكون محلاً للاتفاق بينهما يسقط به الدائن ما على مدينه من مستحقات ، بل يجوز أن يكون ذلك التصرف بإرادة الدائن وحده ، كما في الإبراء ، حيث يقوم به الدائن بإسقاط ما على مدينه من الديون المستحقة له .

ولا يقتصر جواز الاتفاق على الحقوق المستقرة لأصحابها ، بل يجوز أن يعترى الحقوق القابلة للاستقرار ، وذلك كالحق في المباحات العامة ، فمن يكون له حق الالتحاق بعمل معين ، أو السفر في بعثة معينة ، يكون له حق التنازل عن تلك الفرصة لغيره ، ومن يكون له أولوية في هيئة علمية معينة يجوز له التنازل عن مرتبة تلك الأولوية لغيره ، ومن يستحق جائزة معينة ؛ يجوز له أن يتنازل عنها .

وبهذا يمكن القول : إن الحقوق الخاصة ، هي التى يمكن أن تكون محلاً لنشاط الإرادة بين الأفراد ، كما أنها هي التى يمكن أن تكون محلاً للتعاقد ، وذلك لاختصاص الأفراد بها ، وولايتهم عليها ، ومعلوم أن الولاية على الشيىء من شروط صحة التصرف فيه ، يستوى أن تكون تلك الحقوق في دور الاستقرار ، أو في مرحلة التكوين والأيلولة لأن تكون حقوقاً مستقرة لأصحابها.

المطلب الثالث
معيار التفرقة بين
القواعد الآمرة والقواعد المكملة

وإذا كانت القواعد القانونية بتقسيمها إلى آمرة ، ومكملة يترتب عليها تلك الآثار القانونية الكبيرة ، يكون من المهم بيان معيار التفرقة بين هذين نوعين من القواعد ، ويكاد الفقه يتفق على أن هناك معيارين للتفرقة بينهما ، هما المعيار الشكلى والمعيار الموضوعى .

الفرع الأول
المعيار الشكلى

المقصد الأول
المعيار الشكلى في القاعدة القانونية

والمعيار الشكلى فى التفرقة بين القواعد القانونية الآمرة، والقواعد المكملة يستنبط من صياغة النص أو عباراته ، فصياغة النص يمكن أن تدل على أننا بصدد قاعدة آمرة أو مكملة ، وذلك كما لو ورد فى النص مثلاً ما يدل على عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها أو تقرير بطلان الحكم الذى يجئ مخالفاً لتلك القاعدة ، أو تقرير عقاب لمن يخالفها، ومن ذلك :

(١) ما تنص عليه المادة (٤٨) مدنى، من أنه: " ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل من أحكامها ".

(٢) وما تقضى به المادة (١٣١) مدنى ، من أنه : " لا يجوز التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة ، ولو برضاه إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون" ، وما تقضى به المادة (٤٩) مدنى ، من أنه : " ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية " ، وما تقضى به المادة (١٧،٣١) مدنى، من أنه : " يقع باطلاً كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع ". ، وما يقضى به القانون من أنه يقع باطلاً رهن المال المستقبل ، وما تنص عليه المادة (١٠٣) من قانون العقوبات ، بقولها : " كل موظف عمومى طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته ، يعد مرتشياً ، ويعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة ، وبغرامة لا

تقـل عــن ألـــف جنيه ولا تزيد على ما أعطى أو وُعد به " ، ويبدو من تلك النصوص وغيرها ، أنها قد وردت بصيغة آمرة تدل على أنه لا يجوز لأحد أن يخـرج علــيها أو أن يخالفهــا ، وإلا فإن جزاء ذلك الخروج سوف يكون هو الإهدار أو البطلان أو عدم الاعتداد بذلك الاتفاق .

أمــا إذا ورد فــى النص القانونى ما يدل على العمل بحكمه إلا إذا وجد اتفــاق أو عــرف يقضـــى بخلافه ، فإن ذلك يدل على أن النص من النصوص المكملة أو المفسرة ، وذلك كما فى النصوص الآتية :

(١) تنص المادة (٤٥٦) مدنى ، على أنه : " يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

(٢) تــنص المـــادة (٤٤٨) مدنى ، على أن : " مصروفات عقد المقايضة ، وغــيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك " .

(٣) وما تنص عليه المادة (١٠٣) مدنى ، بقولها : " دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك " .

(٤) ومــن ذلــك مــا تقضـــى به المادة (٢/٥٨٦) ، بقولها : " يكون الوفاء بالأجرة فى موطن المستأجر ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

ففى الأمثلة المتقدمة وغيرها يفصح منطوق النص وعباراته عن طبيعة الالتزام فيه ، وأنه نص مكمل أو نص آمر[١].

---

(١) د. جمال الدين العاقل – ص ٧٨، د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٩٤.

المقصد الثاني

المعيار اللفظى في القاعدة الشرعية

قد يكون المعيار الذى يمكن الوقوف من خلاله على نوع القاعدة الشرعيـــة ، وما إذا كانت تقبل الاتفاق أو لا تقبله لفظياً يدل عليها ، ويساعد من يتعامل بها على معرفة مدى الالزام فيها ، وخضوع الإرادة لسلطانها بما لا تقوى على مخالفة ما تقضى به ، وذلك كالأدلة الشرعية التى تقضى بتحريم المحرمات المجمع عليها ، ومنها قوله تعالى : " ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً [١]" ، حيث حرم الزنا تحريماً قاطعاً ، كما حرم الاقتراب من الذرائع التى قد توقع فيه تأكيداً لتلك الحرمة ، وذلك دون السماح بالخروج على تلك الحرمة بالاتفاق ، ومن ذلك قول الله تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربص بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً [٢]" ، حيث بين هذا القول الكريم أن عدة المتوفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً ، وذلك بالأمر الدال على الوجوب ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، ومثال ذلك قوله تعالى: " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء [٣]"، وقوله تعالى : " للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر [٤]" ، حيث دل هذا القول الكريم على وجوب الانتظار مدة أربعة أشهر في الإيـــلاء لوقوع التطليق عليه ، فلا يجوز الاتفاق على ما دونها ، ومن ذلك قول الله تعالى : " ولا تقتلوا أنفسكم [٥]" ، فلا يجوز أن يكون قتل النفس موضوعاً للاتفاق ، وقــوله تعالى :" ولا تقتلوا النفس التى

---

(١) سورة الإسراء – آية ٣٢ .

(٢) سورة البقرة – من الآية ٢٣٤ .

(٣) سورة البقرة – من الآية ٢٢٨.

(٤) سورة البقرة – من الآية ٢٢٦.

(٥) سورة النساء – من الآية ٢٩ .

حرم الله إلا بالحق [1]" ، فلا يجوز أن يكون قتل النفس بغير حق محلاً لعقد ، ومن ذلك قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه [2]" ، والأمر بالاجتناب هنا مطلق يجعل ورود الاتفاق عليه غير جائز ، لأن ما حرم حكمه ، حرم ورود التعامل عليه ، وبطل جريان الاتفاق فيه ، ومن ذلك قول النبى – صلى الله عليه وسلم– : " الولد للفراش وللعاهر الحجر [3]" ، حيث قرر هذا الحديث حقيقة شرعية لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وهي نسبة الولد إلى الفراش الصحيح الذى ولد فيه ، ولا يجوز لوالديه أو أحدهما أن يتنازل عنه لغيره ، ومن ذلك قوله تعالى : " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم ، وخالاتكم ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت ، وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة، وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى في حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف ، إن الله كان غفوراً رحيماً [4]"، فقد بينت هذه الآية الكريمة المحرمات من النساء بما لا يجوز أن يكون ما نصت عليه موضوعاً للخروج عليه بالاتفاق ، وقوله تعالى : " ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلاما قد سلف [5]" ، حيث حرم منكوحة الأب تأبيداً ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك .

---

(١) سورة الإسراء – من الآية ٣٣ .

(٢) سورة المائدة – من الآية ٩٠ .

(٣) رواه الخمسة ، راجع : التاج الجامع للأصول – جـ ٢ – ص ٣٥٠ .

(٤) سورة النساء – الآية ٢٣ .

(٥) سورة النساء – من الآية ٢٢ .

ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب [1]" ، فقد بين هذا الحديث الشريف أن حرمة النكاح بسبب الرضاع مثل حرمة النسب ، وهذا يفيد أن تلك الحرمة مما لا يجوز الاتفاق على مخالفتها .

وقوله عليه الصلاة والسلام : " لا يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها [2]" ، حيث حرم هذا الحديث الشريف الجمع بين المرأة وعمتها، والمرأة وخالتها ، وذلك حفظا لما بين ذوى القربى من صلات الود والقيام بحقوق ذوى الأرحام ، فلا يجوز أن يكون محلاً لاتفاق يخالفه .

ومن ذلك قول الله تعالى : " قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم[3]" وقوله تعالى : " وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن [4]" ، فأوجب غض النظر بإطلاق لا يجوز أن يرد عليه اتفاق .

وقد عبر الشارع الحكيم سبحانه عن تلك الأحكام الشرعية القاطعة التى لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالفها بقوله تعالى : " وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم [5]" .

وإذا كانت تلك الأدلة الشرعية تتعلق بقواعد لا يجوز الاتفاق عليها ، ويبدو من مبانيها أن ما نصت عليه لا يصلح أن يكون موضوعاً لاتفاق ، فإن ثمة أدلة أخرى تفيد صياغتها أنه يمكن الاتفاق على ما يخالف الحكم الذى تقضى به ، أو القاعدة الشرعية التى تقررها .

ومن ذلك قول الله تعالى في جواز العفو عن الدية : " وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة

---

(١) رواه الشيخان ، راجع : التاج الجامع للأصول – ص ٢٨٩.

(٢) رواه الخمسة ، المرجع نفسه .

(٣) سورة النور – من الآية ٣٠ .

(٤) سورة النور – من الآية ٣١.

(٥) سورة الأحزاب – من الآية ٣٦ .

إلى أهله إلا أن يصدقوا [(١)]" ، حيث أفاد قوله تعالى : إلا أن يصدقوا جواز الإعفاء عن الدية وهذا يدل على جواز الاتفاق عليه .

ومن ذلك قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد ، والأنثى بالانثى ، فمن عفى له من أخيه شيىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ، فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم [(٢)]"، حيث قرر هذا القول الكريم حق ولى الدم في القصاص ، ثم أباح له الاتفاق على العفو عنه إلى الدية بنص الآية الكريمة.

ومن ذلك قوله تعالى : " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلاأن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم ، إن الله بما تعملون بصير[(٣)]".

فقد دل هذا القول الكريم ، على أن للمطلقة قبل الدخول نصف المهر ، ويجوز ورود الاتفاق على العفو عن هذا القدر .

وفي جواز الإعفاء عن الديون إجمالاً يقول الله – تعالى – : " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم [(٤)]" ، حيث قرر هذا القول الكريم حكماً هو الندب إلى إنظار المعسر، ثم بين أن هذا الحكم ليس في منأى عن الاتفاق ، فأجاز التفضل على المدين بإسقاط دينه كلية ، وليس إنظاره إلى مدة معينة ، ومن ذلك قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل [(٥)]" ، حيث قرر مبدأ إثبات

---

(١) سورة النساء – من الآية ٩٢ .

(٢) سورة البقرة – الآية ١٧٨ .

(٣) سورة البقرة – الآية ٢٣٧ .

(٤) سورة البقرة – من الآية ٢٨٠ .

(٥) سورة البقرة – من الآية ٢٨٢ .

الديون المؤجلة بالكتابة ، لكنه قال بعد ذلك : " فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته [1]"، فأجاز بهذا القول أن يكون ترك الكتابة محلاً للاتفاق .

ومن ذلك قوله تعالى :" يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ، ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون ، فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ، وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم [2]" ، فقد قرر حكماً هو عدم جواز دخول بيوت الغير ، إلا بعد الاستئناس والإذن، الذى هو نوع من توافق الإرادتين على الدخول ، فدل ذلك على جواز أن يكون دخول منزل الغير موضعاً للاتفاق .

ومن ثم نجد أن منطوق الدليل ومبناه يمكن أن ينطوى على ما يفيد أنه يجوز الاتفاق عليه ، أو عدم جواز ذلك ، فيكون إدراك هذا المعنى فيه مما يمكن الوصول إليه بالنظر في مبتى الدليل ذاته .

الفرع الثانى

المعيار الموضوعي

المقصد الأول

المعيار الموضوعى في القانون

كثـيراً ما لا تأتى النصوص القانونية بمثل هذا الوضوح فى الدلالة على أن الـنص آمـر أو مكمل ، وفى هذه الحالة يجب النظر إلى الأساس الذى بنى علـيه الحكم الوارد فيها ، ومدى اتصاله بالمصالح الأساسية للمجتمع أو عدم اتصـاله بها ، ومن المقرر أن الأحكام القانونية المتصلة بالنظام العام والآداب العامـة هي قواعد آمرة ، أو ناهية لا يجوز للأفراد أن يخرجوا عليها ، ولهذا تحدد معرفة المقصود لكل من النظام انعام والآداب .

(١) سورة البقرة – من الآية ٢٨٣ .

(٢) سورة النور – الآيتان ٢٧ ، ٢٨ .

أولاً: المقصود بالنظام العام :

يمكن القول : إن النظام العام فى المجتمع هو النظام السياسى والاقتصادى والاجتماعى والخلقى الذى يقوم عليه كيان المجتمع فى الدولة ، كما ترسمه القوانين المطبقة فيها، فكل ما يتصل بالمصالح الأساسية العليا للنظام الاجتماعى فى بلد معين هو من النظام العام ، وبعبارة أخرى ، فإن قواعد النظام العام هى القواعد التى تعتبر أساساً للقانون فى الدولة(1).

مرونة فكرة النظام العام :

وفكرة النظام العام – على نحو ما سبق – تعتبر فكرة مرنة أو نسبية ، يختلف مضمونها من بلد إلى بلد ويختلف فى البلد الواحد فتتغير من زمان إلى زمان ، وهذا أمر طبيعى ، لأن المجتمع فى تطور ، وتتغير أسس تنظيمه مع تغيير المبادئ والعقائد والمذاهب الفكرية ، والاجتماعية والسياسية السائدة فيه وتكفى الإشارة هنا إلى اختلاف الدول فى قيامها على أساس المذهب الفردى ، أو على أساس المذهب الاشتراكى ، لأن دائرة النظام العام تضيق إذا كان المذهب السائد فى الدولة هو المذهب الفردى الذى يقدس مبدأ الحرية الفردية، ويترك للأفراد حرية واسعة فى تنظيم روابطهم الخاصة ، ويقدس مبدأ سلطان الإرادة ، أما المذهب الاشتراكى فمن شأنه زيادة تدخل الدولة فى الشئون الخاصة فترتفع بعض المصالح الخاصة إلى مرتبة المصالح العامة الجديرة بالحماية ، ولهذا تكثر القيود على حرية التعاقد، حماية للضعفاء من الاستغلال(2).

---

(1) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٩٥ وما بعدها.

(2) المـــرجع نفســـه – ص ٩٦، د. ســليمان مرقس – ص ٩٩، د. عبد المنعم الصدة – فقرة ٥٢، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٢٧، د. أحمد سلامة – فقرة ٣٨، د. شمس الدين الوكيل – فقرة ٦٧، د. حسن كيرة – فقرة ١٩.

ومن ثم كان ما يعتبر من النظام العام فى بلد لا يعتبر كذلك فى بلد آخر ، بل قد يعتبر نقيضه من النظام العام ، وذلك كالجمع بين أكثر من زوجة ، وحق الطلاق ، يعتبران من النظام العام فى الدول الإسلامية ، بحيث لا يجوز النزول عنهما ، وكل اتفاق يستبعد حرية المسلم فى الزواج بأكثر من واحدة ، وحقه فى تطليق زوجته هو اتفاق باطل لمخالفته للنظام العام فى بلد إسلامى ، وهذا عكس ما هو مقرر فى كثير من البلاد الغربية ، حيث يعتبر عكسه من النظام العام .

كذلك فإن ما يعتبر من النظام العام فى وقت معين قد لا يعد كذلك فى زمان آخر ، فقديماً ذهبت المحاكم الفرنسية إلى أن الاتفاق على تقييد حق المالك عند التصرف فى ملكه يعتبر مخالفاً للنظام العام ، وخروجه على أساس من الأسس الاقتصادية التى يقوم عليها المجتمع وهو حرية تداول الأموال ، وعدم حبسها عن التعامل ، ولكن المحاكم الفرنسية عادت وأجازت أن يتضمن التصرف الناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو الوصية ، شرطاً يمنع المتملك من التصرف لمدة معقولة متى وجدت مصلحة خاصة جدية تبرر هذا المنع[١].

وفى النهاية ، فإن المشرع لم يحدد فكرة النظام العام ، مؤثراً ترك تحديدها للقضاء ، فالقاضى فى خصوص فكرة النظام العام ، هو الذى يقع عليه عبء تحديد ما يعتبر من النظام العام وما لا يعتبر ، وهو فى سبيل ذلك يستعرض المبادئ الأساسية للنظام الاجتماعى والقانوني فى البلد ، ويستخلص منها مبادئ النظام العام فيه ، وهو فى ذلك خاضع لرقابة محكمة النقض ، ومن ثم يستطيع القضاء أن يتأثر بالتيارات الخلقية ، والاجتماعية والسياسية التى تسود بلده فى كل عصر وزمان[٢].

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٩٧.

(٢) المرجع نفسه.

النظام العام فى إطار القانون العام :

تعتبر معظم أحكام القانون العام من النظام العام ، وهذا أمر يتفق مع طبيعة تلك القواعد لأن القانون العام ، يشمل القواعد التى تبين نظام الدولة من النواحى السياسية والدستورية والإدارية والمالية ، وتحمى هذا النظام من أى اعتداء ، فكل ما يتعلق بالقانون الدستورى هو من النظام العام، فالتنظيم السياسى للدولة ، والحقوق والحريات العامة التى كفلها القانون الأساسى (الدستور) كلها من النظام العام، ولذلك فإنه لا يجوز – مثلاً – الاتفاق على النزول عن حق الانتخاب أو استعماله على وجه معين لصالح أحد المرشحين ، ولا يجوز لأحد النزول عن حرياته العامة بجميع صورها . كحرية العقيدة مثلاً، أو حريته فى التنقل ، أو فى سائر مظاهر الحرية الشخصية ، ولا يجوز أن تكون الوظيفة العامة موضوع تعامل ، فلا يجوز النزول عن الوظيفة العامة لصالح شخص آخر غير الموظف ، وفى القانون المالى، لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضرائب التى أوجبها القانون، وفى القانون الجنائى يبطل الاتفاق على الجريمة أو على النزول عنها من جانب المجنى عليه ، ولا يعتد برضائه بها .

وقوانين التنظيم القضائى كلها من النظام العام ، لاتصالها بتنظيم السلطة القضائية(١).

النظام العام فى دائرة القانون الخاص :

أما فى دائرة القانون الخاص، فإن فكرة النظام العام تعتبر أقل ظهوراً ، سيما فى تلك الشرائع التى يسودها المذهب الفردى ، أما فى البلاد ذات النزعة الاشتراكية ، فإننا نجد أن فكرة النظام العام تدخل فى القانون الخاص إلى مدى بعيد ، ولهذا أصبح القانون الخاص فى تلك البلاد يقترب من القانون العام

---

(١) المرجع نفسه – ص ٩٨.

وينطبع بطبعه ، على أن دخول فكرة النظام العام فى مجال القانون الخاص ، ليس بدرجة واحدة ، لأن هذه الروابط تنقسم إلى روابط الأحوال الشخصية ، وروابط المعاملات المالية والنظام العام لا يدخل هذين النوعين من الروابط بدرجة واحدة، ولهذا ينبغي بيان الفرق بينهما :

(١) النظام العام وروابط الأحوال الشخصية :

الأحوال الشخصية ، هي المسائل المتصلة بحالة الشخص وأهليته ، وبنظام الأسرة . ولما كانت الأسرة هى الخلية الأولى فى المجتمع ، كان من الطبيعى أن يكون تنظيمها تنظيماً آمراً لاتصاله بالنظام العام ، وذلك كالزواج ، وما ينشأ عنه من العلاقات الأسرية ، وحالة الشخص القانونية وأهليته ، كل ذلك من الموضوعات الآمرة التى لا يجوز تركها لحرية الإرادة . ومن ثم كانت جميع القواعد المنظمة للأهلية ، قواعد آمرة ، ولهذا نصت المادة (٤٨) مدني، على أنه: " ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها ، فالسن التي يحددها القانون للرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ، فلا يجوز إنقاصها أو زيادتها بالاتفاق ، ولا يجوز للقاصر أن يتنازل عن حقه فى إبطال العقد عند بلوغه ، وكل نزول عنه – وقتئذ – يعد باطلاً وذلك كالطلاق والحضانة ، والطاعة والولاية، لأن تلك السلطات لم تمنح للمصلحة الخاصة لشخص من منحت له ، وإنما لمصلحة الأسرة كى تقوم على أساس متين .

(٢) النظام العام والروابط المالية :

ومن المعلوم أن تنظيم الروابط المالية متروك – بحسب الأصل – لحرية الأفراد ، لأن مبدأ سلطان الإرادة هو أساس هذا التنظيم ، لكن بعض نواحى الروابط المالية والاقتصادية والاجتماعية قد يقتضى أن تنظمها الدولة بقواعد آمرة ، ويمكن إرجاع المسائل المالية المتصلة بالنظام العام فيما يأتي :

(أ) القواعد المتعلقة بالشكل :

القاعدة العامة أن التصرفات القانونية رضائية ، أى تتم بمجرد التراضي، دون حاجة إلى أن تفرغ فى شكل معين كالكتابة مثلاً ، بيد أنه استثناء من هذا الأصل ، قد يشترط المشرع إفراغ التصرف فى شكل معين ، وإلا فلا يعتد به ولا يرتب عليه الأثر الذى أراده المتعاقدان ، وذلك كاشتراط الشكل الرسمى المتمثل فى إتمام التصرف أمام موظف رسمى هو موثق العقود ، وذلك في بعض العقود كالهبة (مادة ٤٤٨) مدني ، التي تنص على أنه : " تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة " ، وكالمادة (١٠٣١ مدنى) التى تنص على أنه : " لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية " ، فالشكل الذي يجب أن ينعقد فى إطاره هذان العقدان يعتبر من النظام العام ، فإذا لم يتم العقد فى إطاره فإنه ينعقد باطلاً .

(ب) القواعد المتعلقة بمراعاة أحد المتعاقدين :

وكما هو معروف ؛ فإن القانون يلقى على عاتق كل مسئول حماية مصالحه ورعايتها فى العقد ، ولكن المشرع لاحظ أن مركز المتعاقدين فى بعض العقود ، لا يكون متساوياً ، بحيث يكون أحدهما ضعيفاً والآخر قوى يمكن أن يفرض عليه شروطاً تعسفية أو يستغله على نحو ما ، ولهذا تدخل لحمايته بنصوص آمرة لا يجوز استبعاد حكمها باتفاق الطرفين وذلك مثل القواعد المنظمة لعقد العمل ، ولعقد التأمين ، والمقررة لحماية أحد المتعاقدين فى عقود الإذعان ، ومن أثر الظروف الطارئة ، وكذلك القواعد المقررة لحماية الإرادة من العيوب التى يمكن أن تعتريها كالتدليس أو الاستغلال أو الإكراه .

(ج) القواعد المنظمة للحقوق العينية العقارية :

القواعد المتعلقة بتنظيم الملكية تعتبر قواعد آمرة، لأن الملكية هى من النظم الأساسية فى المجتمع .

ومن ذلك القواعد المتعلقة بشهر التصرفات المتعلقة بالملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى التى ترد على العقارات كالارتفاق والرهون ، ومقتضى قواعد الشهر ، أن الملكية أو الحق العينى على العقار لا ينشأ ، أو لا يحتج به على الغير إلا إذا تم شهره ، وفقاً للاجراءات التى ينظمها القانون الشهر العقارى، فهذه القواعد تعتبر من النظام العام التى لا يجوز الخروج عليها .

(د) القواعد المتعلقة بالصالح الاقتصادى العام :

وذلك مثل تنظيم الائتمان العام ، وتسعير بعض السلع تسعيراً جبرياً ، والقوانين التى تصدر فى أوقات الأزمات بإستئجار أجل المدينين ، والقوانين التى تفرض لأوراق البنكنوت سعراً إلزامياً ، والقواعد المتعلقة بتحديد سعر العائد، كل تلك القواعد تعتبر آمرة وذلك لتعلقها بأمور تعتبر من النظام العام فى المجتمع .

ثانياً : الآداب العامة :

والآداب العامة تمثل جزءاً من النظام الأخلاقى الذى يعتبره المشرع أساساً للتنظيم القانونى فيه ، وهى تتكون مع مرور الأيام بفعل المعتقدات الموروثة ، وما جرى عليه العرف وتواضع عليه الناس، ولهذا ، فإن تلك القواعد تعتبر غير منضبطة، كما تعتبر نسبية ومرنة على نحو ما هو معروف فى النظام العام .

كما أن فكرة الآداب العامة – هى الأخرى نسبية – تختلف باختلاف الزمان والمكان فما يعتبر فى بلدنا مخالفاً للآداب العامة ، قد لا يكون كذلك فى بلد آخر ، وما يعد من الآداب العامة داخل المجتمع فى وقت معين لا يعتبر كذلك فى وقت آخر ، وذلك مثل عقد التأمين على الحياة اعتبرته كثير من الشرائع فى أول ظهوره من العقود المخالفة للآداب والنظام العام أيضاً ، وذلك

بدعوى أن حياة الإنسان لايجوز أن تكون موضوع تعامل،ولأن وفاة الإنسان لا يجوز أن تكون مصدر اغتناء لغيره ، ولأنها خشيت أن يتعجل المستفيد وفاة المؤمن عليه ، ثم ما لبثت هذه القوانين أن اختلفت نظرتها للتأمين على الحياة، فأقرته ، ووضعت له القواعد التى تكفل عدم خروجه على الآداب العامة وأصبح اليوم نظاماً مسلماً به فى كل الشرائع .

ومن تطبيقات فكرة الآداب العامة ، إبطال القضاء للاتفاقات التى يقصد منها إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة أو الاستمرار فيها، وكذلك الاتفاقات المتعلقة بممارسة الأنشطة المحرمة كالدعارة والمقامرة والرهان ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالاتفاق على أمر يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، فإنه يعتبر باطلاً لذلك[1].

المقصد الثاني

المعيار الموضوعى في القاعدة التشريعية

بالنظر في الأدلة التى تفيد وجود قاعدة شرعية يجوز الاتفاق على ما يخالفها أو لا يجوز ، يمكن إدراك أن الأدلة التى تفيد عدم جواز الخروج على أحكامها ، تتعلق بمصالح خارجة عن نطاق الولاية التى يمكن أن يكون لإرادة الفرد فيها تأثير في الوجود أو التصرف ، إما لأن الاستئثار الفردى بها يؤدى إلى خلل في استقرار أحوال الناس وقيامهم بالواجبات المنوطة بهم ، وقد يؤدى ذلك الاستئثار إلى هلاكهم ، وتفاقم الصراعات فيما بينهم ، أو لأنها تتعلق بحق الله سبحانه يتصرف فيه وحده ، ويصرفه بحسب مشيئته ، وإذا كانت هذه الأمور تمثل حقوقاً لله سبحانه ، فإن التدخل فيها بالعمل الإرادى من قبل الأفراد بغية التصرف فيها أو الاستئثار بها ، مما يعد تطاولاً على ما هو من اختصاص

(١) د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٣٨٧، د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٠٢، والوسيط للسنهورى – جـ١ – فقرة ٢٢٨، د. عبد الودود يحيى – ص ٧٠، د. جمال الدين العاقل – ص ٨٤ وما بعدها.

حقــوق الله فــلا يجوز ،ولعل ما يفيد هذا المعنى ما قرره الفقهاء من أن قيام المجــنى علــيه باقتضــاء حقــه بيده فيه افتئات على حق الحاكم في استيفاء العقوبــة، كمــا يؤكــد ذلك ما جاء في الحديث القدسى عن الله عز وجل ، قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : "كان فيمن قبلكم رجل به جرح فجزع ، فــأخذ سكيناً فحز بها يده ، فما رقأ الدم حتى مات ، قال الله تعالى : "بادرنى عبدى بنفسه حرمت عليه الجنة[1]"، ومعنى بادرنى عبدى بنفسه ، أي استعجل المــوت لنفســه ، وبنفســه ، أي افــتات على حق ربه في إنهاء حياته ، ولا يعــترض علــى ذلــك بــأن من قتل نفسه لم يمت قبل أجله ، وقد علم الله أنه سيموت بالسبب المذكور ، وما علمه الله لا يتغير ، حيث يجاب عن ذلك ؛ بأنه لمــا وجــدت منه صورة المبادرة بقصده واختياره ، ولم يطلعه الله على علمه فاخــتار هــو قتل نفسه ، فإنه قد بادر فاستحق المعاقبة لعصيانه وافتئاته على حــق ربه [2]، والحديث وإن كان يدل على عدم جواز قتل النفس ، سواء أكانت نفــس الإنســان أم غيره من جهة أنه إذا كان يحرم على الإنسان قتل نفسه ، فــلأن يكــون قتل نفس غيره حراماً عليه من باب أولى ، إلا أنه يدل على أن مــاهو من اختصاص الله لا يجوز الافتئات فيه أو التطاول عليه من أحد ، ومن لا يملــك الشيىء لا يملك التصرف فيه ، لأن فاقد الشيىء لا يعطيه ، فإذا كان الأمر مما يدخل في نطاق الحقوق الخاصة ، فإنه يجوز أن يكون محلاً للاتفاق وذلك لأن من يملك الشيىء يملك تمليكه ، وبالتالى يكون هذا الشيىء مما يجوز ورود الاتفاق عليه ، والشيىء إذا كان مما يقبل ورود الاتفاق عليه ، فإن هذا يــدل علــى أنــه مما يصلح لذلك ، تحقيقاً لتبادل المنافع بين الناس ، وإشباع مافطره الله فيهم من غريزة التملك ، وقطعاً لدابرالنزاع فيما بينهم وليتحقق لهم

---

(١) رواه البخارى – جـ ٤ – ص ١٧٠ ، باب الحديث عن بنى إسرائيل .

(٢) مشــار إليه في : الأحاديث القدسية – طبعة لجنة السنة بالمجلس الأعلى للشئون الإسلامية – ص ٢٧٧ – الطبعة السابعة .

ما قسمه الله لهم بقوله تعالى : " هو الذى خلق لكم ما في الأرض جميعاً (١)" ، وإذا كـــان الله قد خلق ما في الأرض جميعاً لعباده ، فإنه لا مجال للانتفاع بما خلقـــه إلا من خلال إعطاء من يختص منهم بحق عليها أن يتيح لغيره التداول علـــيه بمقابل أو بغير مقابل ، ومن ثم يتحقق هذا المقصود الشرعى ، ويكون مثل تلك الحقوق محلاً لورود الاتفاق عليها .

موازنة بين الاتجاهين الوضعى والإسلامي :

وفـــي نظـــرنا أن اتجـــاه القانون الوضعى وإن كان قد اتفق مع الاتجاه الإســـلامي في شكل الفكرة وإطارها العام ، إلا أن الأساس الذي يرجع إليه كل منهما مختلف .

فالتشريع الإسلامي يستمد المعيار الذى يقوم عليه من تقسيم الحقوق إلى مـــا يـــتعلق بحق الله او بحق العبد ، والمعيار واضح ومستمر إلى يوم الدين ، ولذلـــك كـــان صالحاً لأن يرتبط به تشريع دائم وخالد إلى يوم الدين كذلك ، أما فكـــرة الـــنظام العام والآداب ، فإنها فكرة متغيرة من زمان لآخر ، ومن مكان لآخر ، بل أنها قد تختلف في المكان الواحد من زمان إلى غيره ، وفي الزمان الواحـــد مـــن مكـــان إلى غيره ، ولذلك كانت متغيرة ، وتغيرها هذا مما يلائم تشريعاً متغيراً ويحتاج إلى التعديل كل فترة ، فالفرق بين الاتجاهين يكاد يكون هـــو الفـــرق مـــا بين الزوال والخلود ، أو الأصل والعارض ، والأصل هنا هو تشريع الله ، أما العارض فإنه تشريع البشر .

---

(١) سورة البقرة – من الآية ٢٩ .

الباب الثاني

أنواع القواعد التشريعية

في الفقه الإسلامي والقانون

تنقسم القواعد التشريعية في القانون إجمالاً : إلى قانون عام ، وقانون خاص ، وهذا التقسيم قديم يرجع إلى عهد القانون الروماني ، لكنه مع قدمه ما زال قائماً ومعمولاً به حتى اليوم .

والقانون العام : يطلق ويراد به جملة القواعد التى تنظم كيان الدولة والعلاقات التى تكون طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان، ويشمل مجموعة القواعد التى تبين نظام الدولة الأساسى ، وتنظيم العلاقات التى تنشأ بين السلطات المختلفة ، وتلك التى تنشأ بين الدولة وغيرها من الدول أو بينها وبين الأفراد .

أما القانون الخاص : فإنه يطلق على مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم ، أو بينهم وبين الدولة لكن ليس باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان ، وإنما باعتبارها فرد عادى ؛ لأن الدولة قد تمارس بعض الاختصاصات القانونية وهى صاحبة سيادة مثل قيامها بالقبض على المجرمين ومحاكمتهم ؛ وقد تقوم بالعمل ليس على هذا النحو ، وإنما كفرد عادى مثل قيام الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية بتأجير وحدة سكنية من شخص ، أو بالبيع والشراء منه ، فإنها هنا لا تتعامل باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان ، ولكن كفرد عادى ، فتخضع عند التقاضى للقضاء العادى ، وليس القضاء الإدارى .

ومن الطبيعى أن تختلف قواعد القانون العام عن قواعد القانون الخاص ، ولهذا قال مونتسكيو فى كتابه (روح القانون) : من غير الصواب أن نخضع القانون

العام الذى ينظم الأمة والدولة والعالم لنفس القواعد التى تنظم حقوقنا الخاصة(١).

وفي التشريع الإسلامى ؛ نجد أن مدى القاعدة التشريعية يتسع ليشمل كافة الروابط الإنسانية التى تصل الانسان بغيره ، بل إنها لا تقتصر في تنظيمها على ما يقع بين الناس من روابط ، فتنظم العلاقة الأسمى والأبقى والأعظم ، وهي علاقة المخلوقين بخالقهم سبحانه ، وذلك من خلال ما شرعه لهم من العبادات التى تحقق معنى الإيمان به في قلوبهم ، وذلك كالصلاة ، والزكاة والصيام ، والحج ، فجاءت أحكام تلك العبادات قطعية في أصل ثبوتها ، ومعتمدة على أدلتها من الكتاب ، والسنة ، والإجماع . ولأن تلك العبادات متعلقة بحق الله سبحانه في الامتثال لما أمره وبالطريقة التى شرعها ، فإنها تمثل شعائر ثابتة لا تحتمل التغيير والتبديل ، وإن كان من الممكن أن يعترى بعض أحكامها من أسباب التيسير أو التفصيل الذي يستوعب مقتضيات الزمان والمكان والعصر ، في إطار مبادئ الشريعة العامة في التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم ، سيما في الزكاة والحج وما تقتضيه بعض الأحكام فيهما من التطبيق المعاصر على بعض المستجدات ، كالمستغلات الاقتصادية المعاصرة وكيفية الزكاة عنها ومقاديرها ، وفقاً لقيمة النقود ، والظروف الاجتماعية الحالة وما تقتضيه من إدخال بعض المستحقين ضمن المصارف المحددة باعتبار توافر علتها فيهم ، وتحديد الاستطاعة في الحج وفقاً لزيادة أعداد الوافدين وضيق المكان عن الاتساع لهم ، وكيفية التصرف في اللحوم الفائضة من الهدى والأضاحى عن حاجة أهل البقعة بما يمنع تبديد تلك الأموال فيما لاطائل من ورائه ، مع وجود أعداد كبيرة من المسلمين في بعض بلاد الإسلام تعانى المجاعة ، وتفتقد ما تقيم به الأود ، وهذه المسائل في جملتها لا

---

(١) نقلاً عن: د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٥٨.

تعدو أن تكون تطبيقاً لأحكام تلك العبادات في ظل تلك الأسباب بما يرفع الحرج عـن الأمة ، ويحقق التيسير المقصود من تشريع أحكامها ، وذلك إعمالاً لقول الله تعـالى : " يريد الله بكم اليسر ، ولا يريد بكم العسر [١]" ، وقوله تعالى :" وما جعل عليكم في الدين من حرج [٢]" ، ، وقوله تعالى : " ما يريد الله ليجعل علـيكم فـي الديـن من حرج [٣]"، وفيما عدا ذلك ، فإن تشريع العبادات يتسم بالثبات ، والبعد عن الاجتهاد الشخصى الذى لا يوافق أصل مشروعيتها ، وقد جـاء فـي الحديـث القدسـى : " وما تقرب على عبدى بشيىء أحب إلى مما افترضـته عليه [٤]" ، فما فرضه الله تعالى هو الذى يجب أن يتقرب المؤمنون به إليه سبحانه .

ويشـمل تنظـيم القاعدة الشرعية كافة علاقات الناس وجميع حقوقهم ، سواء أكانت تلك الحقوق عامة ، أم خاصة وسواء أكانت على مستوى الأفراد ، أم على مستوى الجماعات .

وعلى مستوى الجماعة تنظم القواعد التشرعية العلاقة بين الدول بعضها مـع بعـض في وقت السلم وفي وقت الحرب ، كما تنظم شكل الدولة وكيانها ونظامهـا الإدارى والأسس التشريعية التى تقوم عليها ، ونظامها المالى ، كما تـنظم سياسـتها الجزائية موضوعياً وإجرائياً ، وهي الموضوعات التى يأتلف فيها القانون العام في التشريع الوضعى ، أما على مستوى الأفراد ، فإنه ينظم علاقات التعامل فيما بينهم في المجال المالى ، أو المعاملات على وجه العموم ، فـي العقـود الـتى جرى لها ذكر في التشريع ؛ كالبيع ، والإجارة ، والهبة ،

(١) سورة البقرة – من الآية ١٨٥.

(٢) سورة الحج – من الآية ٧٨.

(٣) سورة المائدة – من الآية ٦ .

(٤) أخرجه البخارى – جـ ٨ – ص ١٠٥ – باب التواضع ، وراجع : : الأحاديث القدسية – السابق – ص ٨١ – رقم ٨١ .

والعاريـــة والوديعـــة ، والشـــركات أو الـــتى تدخل في باب التوثيق والإرفاق كالرهن، والكفالة ، أو التى تتعلق بتنظيم الخلافة في المال ؛ كالميراث والوصية ، وأتـــاح لهم في غير تلك العقود أن يتفقوا فيما بينهم على ماتقتضيه ظروف معايشـــهم من العقود المستجدة ، والشروط المستحدثة بما لا يحل حراماً ، ولا يحرم حلالاً .

وفي مجال العلاقات الإنسانية والاجتماعية والأسرية : نظم علاقة الزوج بزوجـــته ، ورســـم الأصـــول الصـــحيحة لتكوين الأسرة بدءاً من التفكير فيه والاستعداد له والشروع في تنفيذه ، كما نظم آثار تلك العلاقة وما يتفرع عنها مـــن التصـــرفات كالطلاق ، والفرقة ، وأسباب تقريرهما ، وحقوق الأولاد وما يتعلق بها .

ولا شـــك أن مجمل القواعد الشرعية التى تحكم كل تلك الروابط ، وتنظم هـــذه العلاقات إنما يلبى احتياجات الناس ، ولا يترك لهم حاجة في اللجوء إلى مـــا ســـواه لتغطـــية قصـــور فيه ، أو نقص لم يتناوله أومسألة لم يقم ببيان أحكامهـــا، فقد شمل هذا التشريع العظيم كل ما يحتاجه البشر ، وفي تفصيلات تلك القواعد وأنواعها ما سيزيد هذا الإجمال تفصيلاً .

الفصل الأول

فروع القانون العام

وما يقابلها في التشريع الإسلامي

القانون العام – وكما سبق القول – ينظم العلاقات التى تكون الدولة طرفاً فـيها باعتبارها صاحبة السلطان الأعلى فى المجتمع ، وهذا القانون يتنوع إلى نوعين هما القانون العام الداخلى ، والقانون العام الخارجي أو الدولى .

المبحث الأول

القانون الدولى العام

المطلب الأول

العلاقات الدولية في التشريع الوضعي

والقـــانون الدولـــى العام يتمثل فى مجموعة القواعد التى تحكم تصرفات الدول المتمدينة ، وذلك فيما يقوم بينها من علاقات ، سواء أكانت تلك العلاقات فى وقت السلم أم فى وقت الحرب .

ويـــبدأ القانون الدولى العام ببيان أشخاص العلاقات التى ينظمها ، سواء أكانـــت دولاً ، أم هيـــئات ومنظمات دولية ، ويحدد حقوقها وواجباتها ، كحق الدولة فى البقاء ، وحقها فى الحرية والسيادة ، وحقها فى المساواة والاحترام المتبادل ، ثم يبين إقليم الدولة ومدى حق الدولة على هذا الإقليم .

كمـــا يبيـــن القانون الدولى الأحوال التى تتعرض فيها الدولة للمسئولية الدولـــية ، وتنظـــيم العلاقات الدولية من حيث التمثيل الخارجى والمؤتمرات ، والمعـــاهدات ، والمـــنظمات الإقليمـــية العامة ، كما يرسم الطرق الودية لفض المـــنازعات الدولـــية ، كالمفاوضة والتحكيم ، وتسمى القواعد التى تنظم تلك الروابط بقانون السلم .

فـــإذا لم تفلح الوسائل الودية لفض المنازعات الدولية ، وقامت الحرب ، فـــإن المجتمع الدولى ينقسم إلى قسمين ، الدول المحاربة ، والدول المحايدة ، ويـــتولى القـــانون الدولـــى العام ، وضع قواعد للحرب مبيناً كيفية إعلانها ، ووسائلها المشروعة ، وغير المشروعة ، وحقوق وواجبات كل من المتحاربين تجـــاه العدو ، ثم هو بعد ذلك ينظم علاقة الدول المحاربة بالدول المحايدة من خـــلال تحديـــد حقوق وواجبات كل منها تجاه الأخرى ، وهذه القواعد المنظمة للحرب والحياد تعرف باسم قانون الحرب والحياد .

مصادر القانون الدولى العام :

وللقانون الدولى العام مصادر أساسية ثلاثة ؛هى العرف ، والمعاهدات ، ومبادئ القانون العامة التى أقرتها الدول المتمدينة ، ونبين ذلك :

(١) العرف :

يمـــثل العرف أهم مصدر من مصادر القانون الدولى العام ، لأن الجانب الأكـــبر مـــن قواعده لا يزال عرفياً ، وفى هذا يختلف القانون الدولى العام عن القانون الداخلى ، حيث يعتبر العرف مصدراً فى المرتبة الثانية بعد التشريع .

والعرف الدولى يتكون بنفس الطريقة التى يتكون منها العرف الداخلى ، أى بـــتكرار الأعمال المماثلة فى سلوك دول مختلفة بالنسبة لأمر من الأمور ، حتى تصبح تلك القواعد ملزمة بفضل الاعتقاد الذى يترسخ لدى الدول بذلك .

وقد يكون هذا العرف إقليمياً إذا كان وليد ظروف خاصة بجماعة معينة من الدول ، أو بمنطقة محدودة من العالم ، كما قد يكون العرف عاماً أو دولياً إذا تناول الشئون الدولية للكوكب الأرضى .

(٢) المعاهدات الشارعة :

وهـــى تلـــك الاتفاقات الدولية التى تقرر قاعدة من قواعد القانون الدولى العام ، أو تقر أو تحدد ، أو تعدل أو تلغى قاعدة من هذه القواعد .

والمعـــاهدات الشـــارعة نـــوع من المعاهدات ، لأن المعاهدات قد تكون خاصـــة ، وقد تكون عامة ، والمعاهدات الخاصة هى تلك التى تكون بين عدد محـــدود مـــن الـــدول فـــى أمـــر خـــاص بها ، وهى بطبيعة الحال لا تلزم إلا المتعاهديـــن، ولذلك فإنها لا تعتبر بذاتها مصدراً لقواعد القانون الدولى العام، ولكـــنها قـــد تكون سبباً فى خلق قاعدة دولية إذا تكرر إبرام مثلها ، ومن ذلك القاعدة التى تحرم تسليم اللاجئين السياسيين ، وهنا تصبح هذه القاعدة ملزمة بالعرف الذى ينشأ من تكرار إبرام الاتفاقات بشأنها .

أمـــا المعـــاهدات العامـــة ؛ فهى تلك التى تبرم بين عدد غير محدود من الـــدول، فـــى شـــأن يهم الدول جميعاً ، وذلك بقصد وضع قواعد دولية عامة، وتســـمى لذلك بالاتفاقات الشارعة ، وذلك مثل اتفاقيات لاهاى لسنتى ١٨٩٩ ، ١٩٠٧، الـــتى تعتبر بمثابة تقنين للقواعد المنظمة للحرب، والقواعد الخاصة بتسوية المنازعات الدولية ، تسوية سلمية ، وكذلك ميثاق الأمم المتحدة المبرم فى سان فرنسيسكو سنة ١٩٤٥ .

(٣) المبادئ القانونية العامة :

وهى المبادئ الأساسية التى تستند إليها وتقرها النظم القانونية فى معظم بـــلاد العـــالم المتمديـــنة ، ومن تلك المبادئ ذلك المبدأ القانوني الذى يقضى بمســـئولية مـــن فعـــل الضـــرر بالتعويض عنه ، ومبدأ احترام العقود، ومبدأ الظروف الطارئة ، ومبدأ التحلل من العقد إذا أخل به الطرف الآخر ، وغير ذلك من المبادئ القانونية المقررة[1].

وقـــد أثـــار عدم اقتران القواعد القانونية المتعلقة بالقانون الدولى العام بجـــزاء يكفـــل تطبـــيقها من المجتمع الدولى تساؤلاً عن مدى اعتبارها قواعد

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٠ وما بعدها.

قانونية بالمعنى الصحيح الذى تقترن فيه القاعدة بجزاء ، وأثار ذلك خلافاً فى الرأى .

فذهب بعض الفقهاء إلى أن قواعد القانون الدولى العام ليست قواعد قانونية بالمعنى الصحيح نظراً لعدم وجود سلطة عليا فوق الدولة تتولى تنفيذ أحكامها وتوقيع الجزاء على الدول التى تخالف هذه القواعد .

وذهب فريق آخر من الشراح إلى أن قواعد القانون الدولى العام لها صفة القانون بمعناه الصحيح ، وقد ردوا على الرأى الآخر بأن الجزاء متوافر فى هذه القواعد ، وأن المجتمع الدولى هو الذى يناط به تنفيذ أحكامها ويتولى توقيع الجزاء على الدولة المخالفة ، وأن المجتمع يقوم بتفويض الدولة المعتدى عليها فى توقيع الجزاء المناسب ، غير أن هذا التفويض – وإن سلمنا بوجوده – فإنه لا يكون مجدياً إلا فى حالة ما إذا كانت الدولة المعتدى عليها قوية الجانب أما إذا كانت ضعيفة فلا يتسنى لها ردع الدولة المعتدية بتوقيع الجزاء المناسب عليها (١).

ومما هو جدير بالذكر أن ميثاق الأمم المتحدة قد نص على إنشاء حرس دولى مهمته ضمان احترام قواعد القانون الدولى ، غير أن الدول الكبرى تحول دون قيامه بدوره لتحقيق مطامعها الشخصية، وتحاول أمريكا الآن أن تقوم بهذا الدور فى إطار ما تروج له من شيوع فكرة العولمة وفرض هيمنتها على العالم .

والحقيقة أن قواعد القانون الدولى قواعد قانونية خاصة ، وذلك لعدم جدية الجزاء المقرر عند الخروج عليها ، ونادراً ما تحترم هذه القواعد إذا كانت هنالك دول منتصرة فى الحرب ، أو دولة قوية تكيل فى المواقف الدولية بمكيالين .

---

(١) د. جمال الدين طه العاقل – ص ٣٦٠، د. سليمان مرقس – ص ٥٢ وما بعدها، د. حسن كيرة – ص ٨٢

ومــع هــذا فــإن القانون الدولى العام معترف بوجوده من جانب الدول جميعاً، ولم تقدر أى دولة على التصريح ينفي الاعتراف بهذا القانون . لأنه – علــى الأقــل – يكشــف عن رغبة كل دولة فى أن تعيش على ضوء المبادئ الدولية التى يتبناها .

ونظــراً لأن هذا القانون فى دور التطور فإن بعض قواعده لا تزال محل إهمال من بعض الدول ، أو عدم احترام كامل له .

ومما لا ريب فيه أنه سيأتى الوقت الذى تصبح فيه أحكام هذا القانون قد بلغــت مــن القوة والاحترام ، ما يكفل تنفيذها فى المجتمع الدولى بأسره[1] ، حيــث إن العــالم متجه بفضل – تقدم العلوم وسرعة الاتصال – إلى أن يكون كالدولة الواحدة ، بل كالقرية الواحدة .

المطلب الثاني

العلاقات الدولية في التشريع الإسلامي

من المعلوم أن الإسلام دين عالمى لا تقتصر الدعوة إليه على دولة دون أخرى ، أو على اقليم دون آخر ، وهذا ما يشيرإليه القرآن الكريم في أكثرمن موضع فيه ، ومن ذلك قوله تعالى : " وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً ، ولكن أكثر الناس لا يعلمون [2]" ، وقوله تعالى : " قل يا أيها الناس إنى رسول الله إليكم جميعاً ، الذى له ملك السموات والأرض لا إله إلا هو يحيى ويميت فآمنوا بالله ورسوله النبي الأمى الذي يؤمن بالله وكلماته واتبعوه لعلكم تهتدون [3]" .

---

(١) د. جمال الدين العاقل – السابق، د. جمال زكى – ص ١٩٩.

(٢) سورة سبأ – الآية ٢٨ .

(٣) سورة الأعراف – الآية ١٥٨ .

وقد قرر الإسلام مبدأ التعارف والتعاون بين الشعوب ، في قوله تعالى : " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير [1]" .

أثر عالمية الإسلام على شكل الدولة :

ولما كان الإسلام ديناً عالمياً لم يكن من المتصور حصر دولته داخل الحدود إقليمية معينة ، ولهذا تسمى الدولة الإسلامية (دار الإسلام) ، وفكرتها أبعد من أن تقتصر على الشكل المادى القائم في صورة الاقليم حتى لو تعددت هذه الدار فإن بلاد الإسلام كلها تعد دار واحدة ولو اختلف حكامها ، وصارت دولاً شتى لنفوذ حكم الإسلام فيها، وهذا التعدد في الأقاليم والكيانات لا يقضى على نفوذ حكم الإسلام فيها جميعاً [2]، إن فكرة دار الإسلام أبعد من ذلك لأنها لا تعرف فكرة الحدود الإقليمية ، فالإسلام بحسب مقوماته يتخطى كل الحدود ليغدو العالم كله أسرة واحدة ، كما أن عالمية الإسلام لا تحكمها المواصفات الإقليمية ، وواقع المبادئ الإسلامية لا تتقيد بحدود خاصة ، لأنها تحمل أفكاراً لابد من نشرها للعالم ، وهي في هذا الانتشار تتشابه مع كثير من المبادئ العالمية التى يصنعها البشر ، حيث نشأت تلك المبادئ في أول أمرها داخل حدود إقليمية ، ثم ما لبث أن اتسعت وامتدت حتى شملت بقاعاً غير بقاعها ، وسادت أنظمتها ربوعاً غير ربوعها ، ومثال ذلك : الشيوعية والرأسمالية وأمثالهما من المبادئ التى أريد أو يراد لها الذيوع والانتشار ، كتلك الفكرة التى أصبحت تصك آذان الناس بالقوة ،وهي المعروفة (بالعولمة)، فقد تجاوزت تلك الأفكار حدود بلادها الاقليمية إلى العالمية ، أفلا يكون للتشريع الإسلامي

(١) سورة الحجرات – الآية ١٣ .

(٢) الشيخ عبد الوهاب خلاف – السياسة الشرعية – ص ٦٩ – المطبعة السلفية سنة ١٣٥٠هـ

حق العالمية وحق الشمول البشرى [1]؟ ، إن المسلم لا تعرف أرضه الحدود ، ولا يعرف أفقه الثغور ، وليس دجلة والنيل والدانوب إلا أمواجاً صغيرة في بحره المتلاطم ، عصوره عجيبة ، وأخباره غريبة ، نسخ العهود القديمة ، والأديان السابقة ، وغير مجرى التاريخ سيفه ماض في كل معركة ، ودعوته سارية إلى يوم الدين [2].

ولم يكن عنصر الاقليم عند بدء نشوء الدولة الإسلامية في المدينة المنورة عنصراً من عناصر تكوينها فلم تكن تعنى بإيجاد تخوم أو حدود ، كتلك التى تعنى الدول في المفهوم المعاصر ، لأن جانب الاتصال الروحي ومناطق الولاء العقائدى بين الجماعة المستقرة في الكيان المحدود ، ونظيرتها المستقرة خارج هذا الكيان قدأغنى عن ذلك، بحيث تنضوى كل هذه المناطق تحت راية واحدة إذا فرقتها الحدود الجغرافية فإنها مترابطة العقيدة والعبادة والقبلة ، تتفرق فيما بينها بمظاهر إقليمية معينة ، ولكن تبقى الحقيقة الكبرى ، وهو اجتماعها حول تشريع إسلامي به تكون كما وضعها النبى – صلى الله عليه وسلم – كالجسد الواحد ، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالحمى والسهر[3] ، ويقول النبى – صلى الله عليه وسلم – : " المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا [4]" .

وقد كانت الدولة الإسلامية منذ بزوغ شمسها دولة أساسها العالمية ، لأنها لم تصطنع حواجز أو حدود ، ولم توصد حدودها على جماعة معينة ، ومن ثم تكون قد أقرت في بناء الدول مبدأ غير مسبوق ولا وجود له إلا فيها ،

---

(١) د. محمد الصادق عفيفى – الإسلام والمعاهدات الدولية – ص ٢٥٠وما بعدها – مكتبة الانجلو المصرية .

(٢) المفكر المسلم محمد إقبال – مجلة أضواء الشريعة – العدد الثالث – ص ٢١٤.

(٣) أخرجه البخاري في باب الأدب – جـ ١٠ – ص ٣٦٧ .

(٤) أخرجه البخاري – جـ ١٠ – ص ٣٧٦ ، وشرح السنة للبغوى – جـ ١٣ – ص ٤٧.

وهو تعريف الدولة في إطار فكرة أوسع معنى وتسامحاً وإنسانية وعالمية ، ليكون معنى الأمة أصدق عليها من وصف الدولة ، فهى لم تأخذ مكانها ودورها في التاريخ بواحد من العناصر المعروفة للدولة ، بل بوصفها خير أمة أخرجت للناس ، وهي أمة لا يمكن حصرها أو ضبطها بلغة أو جنس أو وطن ، لأن عقيدتها معروضة على الكافة ، وبابها مفتوح أمام القدرات العقدية ، وليس أمام الحدود الجغرافية ، لتسود المعمورة كلها أحكام الإسلام وعقيدته ، وهو ما يمثل التوجه الدولى المعاصر ، الذى يهدف إلى إنشاء حكومة عالمية تسوس العالم بالقيم الأخلاقية التى تحترم الإنسانية ، والعدالة ، والمعاملة بالمثل في نطاق الفضيلة ، ولو كان المخالفون مقاتلين معتدين ، والوفاء بالعهد ، وهي نفس المبادئ التى قامت عليها دولة الإسلام (١).

عناصر الدولة الإسلامية :

الدولة الإسلامية أمة تقطن أرضاً معينة ، ولها تشريع وإمام يحفظ الدين ويسوس الدنيا ، ويؤكد استقلال الدولة بما يجعل شعبها قائماً بذاته لا تابعاً لدولة أخرى (٢).

والأرض التى تقوم عليها أمة الإسلام موجودة ، وإن كان لا يلزم فيها اتصال الحدود على مستوى كافة الدول الإسلامية ، وذلك إعمالاً للضرورة التى اقتضت توزع الأمة الإسلامية على دويلات غير متجاورة ولكل منها رئيسها .

كما أن نصب الإمام فيها قائم شرعاً ، قبل أن يكون قائماً فعلاً ، وأساس قيامه الإجماع ، والعقل ، أما الإجماع فقد حدث من أصحاب رسول الله عند

---

(١) في هذا المعنى : د. حامد سلطان – أحكام القانون الدولى – ص ٧٢ ، د. محمد الصادق عفيفى – السابق – ص ٢٥٢ ، وما بعدها .

(٢) د. عثمان خليل – موجز القانون الدستورى – ص ١٠ وما بعدها ، د. محمود كامل ليلة – المبادئ الدستورية العامة ، والنظم السياسية – ص ٢٢٣ وما بعدها ، د. محمد يوسف موسى – نظام الحكم في الإسلام – ص ١٧ – الطبعة الثانية –دار الكتاب العربي.

بيعة أبى بكر ، وتسليم النظر إليه في أمورهم ، وكذا في كل عصر من بعد ذلك، ولم يترك الناس فوضى في عصر من الأعصار ، واستقر ذلك إجماعاً دالاً على وجوب نصب الإمام (١).

وأما العقل ، فلأن نصب الإمام إنما وجب بالعقل لضرورة الاجتماع للبشر واستحالة حياتهم ووجودهم منفردين ، ومن ضرورة الاجتماع التنازع لازدحام الأغراض وتصارع الأهواء ، فما لم يوجد الحاكم الوازع ، والسلطان الرادع ، لأفضى ذلك إلى الهرج المؤدي لهلاك البشر ، وانقطاعهم ، مع أن حفظ النوع من مقاصد الشرع الضرورية (٢).

وإذا ولى الإمام ثبتت له السلطة التى يقدر بها على حماية الدين وسياسة الدنيا ، كما تجب طاعته لذلك ، كما أن عنصر التشريع قائم في الدولة الإسلامية ، وهو تشريع موصول بالوحى ، ونابع منه ، وصالح لحكم التصرفات في كل زمان ومكان ، ويشمل برحمته كافة الأشخاص وجميع الأجناس بصرف النظر عن اختلافهم في الدين أو الجنس أو اللغة ،أو الموطن.

ومن المبادئ التشريعية المتعلقة بالعلاقات الدولية ما يلى :

أولاً : تقرير وحدة الأصل الانسانى ، فالناس جميعاً مولودون من أب واحد ، وأم واحدة وإذا كان أصلهم واحد فإنه لا يوجد ما يمكن لأحد أن يدعى بسببه تميزاً على الآخر بسبب أصله ، فلا فضل لعربي على عجمي ولا لأبيض على أسود إلا بالتقوى والعمل الصالح ، قال تعالى : " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير (٣)".

---

(١) د. محمد يوسف موسى – السابق – ص ٢٧ .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) سورة الحجرات – الآية ١٣ .

ثانياً : تقرير مبدأ الوفاء بالعقود والعهود والمواثيق ووجوب احترامها ، وهذا كله أوجبه الشارع – سبحانه – في قوله تعالى : "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً [1]" ، ووجوب وفاء المسلمين بعهودهم مشروط بوفاء الأطراف الأخرى به فإذا تحللت الأطراف الأخرى في العلاقات الدولية منه ، وقامت بنقض العهد ، كان للدولة الإسلامية أن تتحلل من الالتزامات والعهود المبرمة معها ، وذلك إعمالاً لقوله تعالى : " وإن نكثوا أيمانهم من بعد عهدكم وطعنوا في دينكم فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا أيمان لهم لعلهم ينتهون [2]" ، ومن ثم صار الجزاء الدولي مقرراً لغاية محددة هي الرجوع إلى الالتزام بالعهد .

ثالثاً : الدعوة الواضحة إلى نبذ العدوان والعنف ، والدخول في السلام والأمان ، قال الله تعالى :" وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله [3] "، وقال سبحانه : " وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولاتعتدوا إن الله لا يحب المعتدين [4]" .

رابعاً : يكفل التشريع الإسلامي لغير المسلمين من رعايا الدولة الإسلامية الأمان وحماية حقوقهم في الحياة وفي ممارسة شعائر دينهم، كما يقرر حق اللجوء السياسي لمن يطلبه ، حتى يكون في مأمن على نفسه وعرضه وماله ، ولوكان من المشركين ، قال الله تعالى : " وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ، ذلك بأنهم قوم لا يعلمون [5]".

---

(١) سورة الإسراء – الآية ٣٤ .
(٢) سورة التوبة – الآية ١٢ .
(٣) سورة الأنفال – من الآية ٦١ .
(٤) سورة البقرة – من الآية ١٩٠ .
(٥) سورة التوبة – الآية ٦ .

خامساً : وفي حالة الحرب ، يقرر التشريع الإسلامي أن المواجهة العسكرية يجب أن تكون محكومة بالمثل العليا ، وأسمى قواعد الأخلاق وتكريم الجنس البشري ، والمحافظة على حقوق الإنسان كإنسان ، حتى ولو كان ضعيفاً لا يقوى على حماية نفسه فلا يجوز قتل النساء والأطفال والشيوخ والمرضىوالنساك في معابدهم ، كما قرر للأسرى معاملة إنسانية كريمة ، وأسلوبا رحيماً ، مع وجوب أن يحافظ الجيش على أموال أعدائه المهزومين وأعراضهم (١).

ومن ثم يبدو ما قرره التشريع الإسلامي في مجال العلاقات الدولية متكاملاً ، ومتوازناً على نحويلبى حاجة الإنسانية كلها ، ويحقق ما تصبو إليه في كل زمان ومكان .

المبحث الثاني

القانون العام الداخلى

والقـــانون العام الداخلى يتنوع إلى عدة فروع منها القانون الدستورى ، والقانون الإدارى ، والقانون المالى ، والقانون الجنائى، ونخصص لدراسة كل نوع منها مطلباً .

المطلب الأول

القانون الدستوري

هــو ذلــك الفرع من فروع القانون العام الداخلى الذى يتضمن مجموعة القواعــد الأساسـية الــتى تحــدد شكل الدولة ونوع الحكومة ، وكيفية تنظيم السـلطات العامـــة فـــى الدولة من حيث تكوينها واختصاصاتها، وتنظيم علاقة

---

(١) الشـيخ عبد الوهاب خلاف – السابق – ص ٨١ وما بعدها ، د. عبد الرازق حسن فرج ، المدخل لدراسة القانون – نظرية القانون– ص ٢١ ، وما بعدها – طبعة الفجر الجديد سنة١٩٨٥م.

السلطات بعضها بالبعض ، وتقرير الحقوق الأساسية للأفراد ، وتنظيم علاقتهم بالدولة وسلطاتها .

والقانون الدستورى مرتبط بوجود الدولة، حيث لا يمكن أن يوجد مجتمع على شيئ من النظام بدون قواعد أساسية تبين نظام الحكم فيه ، وسواء أكانت تلك القواعد مدونة فيما يسمى بالدستور المكتوب ، أم وليدة سوابق عرفية مستقرة لها فى نفوس الجماعة إلزام القانون .

فالقانون الدستورى ، يحدد شكل الدولة ، ونوع الحكومة ، وهل هى ملكية أو جمهورية أو استبدادية أو ديمقراطية أو دكتاتورية ، برلمانية أو غير برلمانية ، بسيطة أو اتحادية ، وغير ذلك من الأشكال التى يمكن أن تتخذها الدولة .

ثم هو يحدد السلطات العامة للدولة ، فيبين كيفية تشكيل ، واختصاص كل منها وتنظيم العلاقة بين هذه السلطات .

ثم هو يبين الحريات والحقوق العامة ، ويحدد مدى سلطان الدولة فى مواجهة الأفراد ، وذلك كله من خلال الدستور .

والدستور هو القانون الأساسى للدولة ، حيث يقوم ببيان المسائل السابقة جميعها وتختلف الدساتير من حيث كيفية وضعها ، فمنها ما يصدر فى شكل منحة من صاحب السلطان ، ومنها ما يصدر عن جمعية تأسيسية تشكل لذلك ، ومنها ما يوضع باستفتاء شعبى ومنها ما يتكون نتيجة للأعراف والتقاليد ، وقد يكون الدستور مرناً يسهل تعديله بواسطة السلطة التشريعية العادية ، وقد يكون جامداً لا يعدل إلا بهيئة خاصة ينص الدستور على تشكيلها، ويرسم لها اجراءات خاصة فى مباشرة عملها .

وفي التشريع الإسلامي :

يتحدد شكل الدولة من خلال الشورى التى أمر بها الشارع في قوله تعالى: " وشاورهم في الأمر [١]"، ووصف بها المؤمنين في قوله تعالى : " والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم [٢]" .

وأما عن سلطات الدولة ، فإن تشريعها نابع من الوحي ، وهو لا يتغير إلى يوم القيامة ، وقد احتوى من المبادئ ما يتسم بذلك الخلود الذى يصلح لكل عصر وبيئة بجانب الفروع التى يمكن أن يعتريها التغير بتغير الأحوال وظروف الزمان والمكان ، ولذلك كانت تلك الفروع مجالاً واسعاً للاجتهاد واستيعاب اختلاف الآراء والتوجهات .

وحقوق الأفراد الأدبية والمالية مقررة ومصونة بالكتاب والسنة، وأدلة الشريعة الأخرى بحسب تفرع تلك الحقوق ومقرراتها والسلطات القضائية والتنفيذية يقوم بها الإمام بواسطة نوابه الذين يتوزع عليهم الاختصاص النوعى والوظيفي بحسب ما تفيده الأحكام الشرعية ، بما يحقق مصالح الناس في دنياهم وأخراهم .

---

(١) سورة آل عمران – من الآية ١٥٩ .

(٢) سورة الشورى – من الآية ٣٨ .

المطلب الثانى

التنظيم الإدارى

الفرع الأول

القانون الإداري الوضعي

هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الذى يتضمن جملة القواعد المتعلقة بنشاط الدولة الإدارى فى قيامها بوظيفتها الإدارية، أو هو مجموع القواعد التى تتعلق بالمرافق العامة للدولة من حيث إنشاء تلك المرافق، وتنظيمها ، وإدارتها بواسطة السلطات والهيئات الإدارية، ومن حيث علاقة هذه المرافق بالجمهور .

وأساس ذلك ؛ أن وظائف الدولة يمكن إرجاعها إلى ثلاثة مهام :

أولها : الوظيفة التشريعية، ويقصد منها تنظيم العلاقات الاجتماعية داخل الدولة عن طريق سن القوانين اللازمة لذلك.

وثانيها : الوظيفة القضائية، أى التى تهدف إلى حماية الحقوق، وإعمال حكم القانون فيما ينشأ بشأنها من منازعات .

وثالثها : الوظيفة الإدارية ، التى تضطلع بتقديم الخدمات للأفراد عن طريق القيام بمشروعات عامة تنشئها الدولة وتنظمها وتديرها، وتسمى هذه المشروعات بالمرافق العامة ، وهذه المرافق العامة تقوم بها السلطات الإدارية المختلفة ، سواء أكانت سلطات مركزية أم سلطات محلية ، أم سلطات إقليمية ، وهذه السلطات الإدارية المركزية والمحلية تتولى إدارة المرافق العامة بمقتضى مالها من سلطات تنظيمية من خلال وضع اللوائح ، وسلطات تأديبية ، لتأديب المخطئين من موظفى ومستخدمى هذه المرافق ، وإدارية تتمثل فى إصدار

القرارات الإدارية الآمرة أو الناهية من الرؤساء الإداريين لمرءوسيهم ، وهذه الوظيفة الأخيرة للدولة : وهى الوظيفة الإدارية ، تمثل موضوع القانون الإدارى ، الذى يمكن تعريفه بأنه :

ذلك الفرع من فروع القانون العام الذى يحكم المرافق العامة ، من حيث تنظيمها وبيان كيفية سيرها ، وجدير بالذكر أن السلطة التنفيذية تقوم بأداء نوعين من الأعمال ، وهما : أعمال السيادة ، وأعمال الإدارة ، والأولى مثل إعلان الحرب ودعوة المجلس التشريعى للإنعقاد ، والثانية مثل تنظيم شئون الحياة فى المجتمع كتعيين الموظفين وفصلهم وإصدار القرارات الإدارية .

ويدخل فى نطاق القانون الإدارى الموضوعات الآتية :

أولاً : عمال المرافق العامة، أى بيان الأشخاص الذين يتولون الوظائف المتعلقة بسير المرافق العامة وإدارتها، وذلك بتحديد حقوقهم وواجباتهم ، وبيان السلطات الإدارية المختلفة وما تتمتع به من حقوق وامتيازات .

ثانياً : أموال المرافق العامة، وهى تلك الأموال المنقولة والعقارية التى تستخدمها السلطات الإدارية فى إدارتها للمرافق العامة .

ثالثاً : الطرق المختلفة لاستغلال وإدارة المرافق العامة ، ويضاف إلى ذلك القضاء الإدارى الذى يعتبر تابعاً لتلك الجهات الإدارية من أجل فض المنازعات المتعلقة بها استقلالاً عن جهة القضاء المدنى .

مصادر القانون الإدارى:

القانون الإدارى قانون حديث لم يظهر إلا منذ عهد قريب ، ولم يكتمل نموه بعد فى معظم دول العالم فلم تكن الدولة تسأل أمام القضاء عن أعمالها الضارة وغير المشروعة بوصفها صاحبة السلطان ، لكن إذا شب نزاع مدنى بينها وبين الأفراد وتجردت عن صفتها تلك فإنها كانت تخضع لأحكام القانون المدنى .

إلا أنـــه لمـــا تقـــررت مسئولية الإدارة عن جميع أعمالها بدا أن قواعد القـــانون المدنى لا تلائم علاقات القانون العام ، فأخذت قواعد القانون الإدارى تظهـــر مستقلة ومتميزة عنه، وقد بدأ ذلك الاستقلال فى فرنسا، ثم انتهى إلى مصـــر ، فـــتم إنشـــاء مجلـــس الدولـــة الذى شارك القضاء المدنى فى بعض المنازعات الإدارية ، وإن كان القضاء المدنى قد ظل مختصاً بالنظر فى دعاوى المسئولية المدنية التى ترفع على جهة الإدارة لطلب التعويض عن ضرر حدث منها ، ولهذا يمكن اعتبار تلك المصادر كما يلى :

أولاً : قواعد القانون المدنى ، والقانون الخاص على وجه العموم، حيث أن تلـــك القواعـــد تعتـــبر مصدراً لكثير من أحكام وقواعد القضاء الإدارى فى مصر.

ثانـــياً : المبادئ القانونية للقضاء الإدارى ، ذلك أنه نظراً لحداثة ظهور القـــانون الإدارى وعـــدم تقنيـــنه، فإنه قد سمح لنفسه كثيراً بأن يضع مبادئ قانونية دون أن يستند إلى نصوص تشريعية، ولذلك فإنه يصح القول الشهير : إن القانون الإدارى ، قانون قضائى ، أى من صنع القضاء .

ثالـــثاً : التشـــريعات المتفرقة لبعض موضوعات القانون الإدارى، فمن المعـــروف أن هـــناك جملـــة مـــن التشريعات التى تنظم بعض مسائل القانون الإدارى، ولكـــنها لم تجمع إلى الآن فى مجموعة واحدة ولذلك نجد بعضها فى الدســـتور ، وبعضـــها فـــى قوانين ولوائح متفرقة ، مثل قوانين الموظفين ، والعامليـــن بالقطاع العام ، والإدارة المحلية ، وقانون مجلس الدولة ، وقانون التزام المرافق العامة ، وقانون ديوان الموظفين وغيرها .

رابعـــاً : وفيما يتعلق بالإجراءات ، فإنه لم يصدر بعد قانون خاص بها ليبيـــن الإجـــراءات الـــتى تتبع أمام القضاء الإدارى ، وذلك على غرار قانون المـــرافعات المدنية والتجارية التى تلتزم به المحاكم المدنية، ولهذا نص قانون

مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ على بعض الإجراءات في المواد ٢٢-٢٧، وأحال إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد فيه نص ، وذلك إلى حين صدور قانون الإجراءات الخاص بالقضاء الإدارى[1].

مميزات القانون الإدارى :

ويمكن إجمال ما يتميز به القانون الإدارى فيما يلى :

(١) أن القانون الإدارى قانون غير مكتوب في مواد ، بمعنى أنه لا تشمله مجموعة واحدة مبوبة كالقانون المدنى أو التجارى أو الجنائى، ومن أجل ذلك فإن قواعده متناثرة ومبعثرة فى طيات القوانين واللوائح المتعددة، ونظراً لعدم وجود تقنين خاص، فإنه قد أتاح للقضاء أن يبدع فى استنباط أحكام قضائية من المبادئ العامة للقانون ، وسمى القضاء الإدارى؛ قضاء الإبداع لذلك .

(٢) أن غالبية قواعد القانون الإدارى تعتبر من خلق مجلس الدولة وابتكاره ، وذلك بسبب عدم وجود النص القانونى المكتوب .

(٣) تتسم قواعده بالتطور والتغير – كما أشرنا – لأنه يحاول التوفيق بين مقتضيات الإدارة المتغيرة ، وبين حماية حقوق الأفراد، وذلك نظراً لعدم وجود النص الذى يحكم أفق التفكير القانونى بعيداً عن الإبداع[2] .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٧.

(٢) فى هذا المعنى : د. جمال الدين العاقل – ص ٥٤.

الفرع الثانى

النظام الإدارى في التشريع الإسلامي

ظهرت فكرة التنظيم الإدارى في التشريع الإسلامي منذ أول عهوده وذلك لتحقيق ما يعرف اليوم في النظام الإدارى المعاصر بفكرة الضبط الإداري المتمثل في حفظ الأمن والصحة والسكينة العامة ، وحماية الآداب العامة ، وذلك على نحو ماذكره الإمام الماوردى في الأحكام السلطانية بقوله ، ضمن تعداد وظائف الولاية أنها : " حفظ الدين على أصوله المستقرة ، وما أجمع عليه سلف الأمة ، وتنفيذ الأحكام بين المتشاجرين ، وقطع الخصام بين المتنازعين حتى تعم النصفة ، فلا يتعدىظالم ، ولا يضعف مظلوم ، وإقامة الحدود لتصان محارم الله – تعالى – عن الانتهاك ، وتحفظ حقوق عباده من إتلاف واستهلاك ، وتحصين الثغور بالعدة المانعة والقوة الدافعة [1]" .

كما ظهرت في الدولة فكرة المرافق الإدارية العامة ، ومن ذلك أن عمر بن الخطاب قد أنشأ ديوان الجند ، وديوان الخراج والجباية وكان يختص بتدوين إيرادات بيت المال ، كما عرفت الدولة الإسلامية ما يسمى بديوان المظالم ، وهو شبيه بما يسمى مجلس الدولة في التنظيم الإداري المعاصر ، وكان هدف إنشائه الرقابة على أعمال الإدارة .

تحديد اختصاص كل وظيفة :

وفي هذا الصدد تذكر الولايات الرئيسية في الأمة الإسلامية بدءاً من الإمامة العظمى وانتهاء بأقل الولايات مجالاً في حياة المجتمع ، حيث تذكر تلك الولايات متدرجة من الأعلى إلى الأدنى ، وعلى أساس النطاق الولائى للوظيفة والاختصاص المكاني لها ، فالولاية ذات النطاق العام تعلو في شأنها

---

(١) الأحكام السلطانية – ص ١٨ – دار الكتب العلمية .

وخطورتها، ومن ثم في الضوابط المحددة لممارستها ، يليها الوظائف الأقل نطاقاً ، والأدنى مجالاً ، وبأسلوب يجمع في ثناياه المزايا الكاملة لنظامي المركزية واللامركزية بلغة الفقه الإداري الحديث ، فالإمامة العظمى أكثر خطراً من ولاية إقليم معين ، أو وزارة محددة ، ووظيفة قاضى القضاة أعلى أهمية من ولاية قاضى جهة أو بلدة معروفة وهكذا .

وفي هذا المجال نجد تحديداً دقيقاً لواجبات تلك الوظائف في كتب السياسة الشرعية ، فتكلم الفقهاء بالتفصيل عن اختصاصات ولاية الإمام الدينية والدنيوية ، ومنها : حفظ الدين على الأصول التى أجمع عليها خلف الأمة ، وتنفيذ الأحكام بين المتشاجرين ، حتى تظهر النصفة، وحماية البيضة ، والذب عن الحوزة ، لتتصرف الناس في المعايش وينتشروا في الأسفار آمنين(١)، وإقامة الحدود لتصان محارم الله تعالى عن الانتهاك ، وتحفظ حقوق عباده من إتلاف واستهلاك ، وتحصين الثغور بالعدة المانعة والقوة الدافعة ، وجهاد من عاند الإسلام بعد الدعوة حتى يسلم أويدخل في الذمة ، وجباية الفيىء والصدقات على ما أوجبه الشرع نصاً واجتهاداً من غير عسف ، وتقدير العطاء وما يستحق من بيت المال من غير سرف ولا تقصير فيه ، ودفعه في وقت لا تقديم فيه ولا تأخير ، واستكفاء الأمناء ، وتقليد النصحاء فيما يفوضه إليهم من الأعمال ، ويكله إليهم من الأموال ، لتكون الأعمال مضبوطة ، والأموال محفوظة ، وأن يباشر بنفسه مشارفة الأمور وتصفح الأحوال ليهتم بسياسة الأمة وحراسة الملة، ولا يعول على التفويض تشاغلاً بلذة أو عبادة ، فقد يخون الأمين ويغش الناصح (٢).

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردى – السابق ، والأحكام السلطـانيةلأبي يعلى – ص ٢٦ وما بعدها .

(٢) المـاوردى – السابق – ص ١٨ وما بعدهـا ، أبو يعلى – السابـق – ص ٢٧ وما بعدهـا ، وراجـع : د. سـليمان محمـد الطمـاوي – السـلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي =

كما تكلم الفقهاء في اختصاصات والي الإقليم ، وهي النظر في تدبير الجيش والأحكام وجباية الخراج وقبض الصدقات وتقليد العمال ، وحماية الحريم والذب عن البيضة ومراعاة الدين ، وإقامة الحدود ، وإمامة الجمع والجماعات ، وتسيير الحجيج [1]، وبعد ذلك اختصاصات أميرالجهاد ؛ وهي : تسيير الجيش برفق وحرص ، وأن يتفقد خيلهم وأسلحتهم ، وأن يراعى من معه من المقاتلة ، وأن يعرف على الفريقين العرفاء ، وينقب عليهم النقباء ، وأن يجعل لكل طائفة شعاراً يتداعون إليه ، ليصيروا به متميزين وبالإجماع فيه متظاهرين ، وأن يتصفح الجيش بمن فيه ، فيخرج منهم من كان فيه تخذيل للمجاهدين، وإرجاف بالمسلمين أو عين عليهم للمشركين ، وأن لا يمالئ من ناسبه أووافق رأيه ومذهبه ، أو خالفه في رأي ومذهب ، فيظهر من أحوال المباينة ما تفترق به الكلمة الجامعة ، ويؤدى إلى التفرق والتقاطع [2]، كما بين الفقهاء اختصاصات إمارة الجهاد وقت النزال من تخير المنازل، وإعداد ما يحتاج إليه الجيش ، وأن يعرف أخبار عدوه ، وأن يرتب الجيش في مصاف الحرب ، وأن يقوى نفوسهم بما يشعرهم من الظفر ، وأن يعد أهل الصبر والبلاء منهم بثواب الله ، وأن يشاور ذوي الرأي فيما أعضل من الأمور ويرجع إلى أهل الحزم فيما أشكل ، ليأمن من الخطأ ، ويسلم من الزلل ، فيكون من الظفر أقرب ، وأن يأخذ جيشه بما أوجبه الله من حقوقه ، وأن لا يمكن أحداً من جيشه أن يتشاغل بتجارة أو زراعة يصرفه الاهتمام بها عن مصابرة العدو[3]، كما يجب عليه قتال أهل الردة والبغي ،والمحاربين وقطاع الطريق .

=الإسلامي – تكوينها واختصاصاتها – ص ٢٧٥ ومابعدها – طبعة معهد الدراسات العربية بجامعة الدول العربية سنة ١٩٦٧، حيث يقسم تلك الاختصاصات إلى اختصاصات دينية ، واختصاصات سياسية .

(١) الماوردى – ص ٣١ وما بعدها ، أبو يعلى – ص ٣٤ .

(٢) أبويعلى – ص ٣٩ وما بعدها ، د.سليمان الطماوى –السابق – ص ٣٢٠ وما بعدها.

(٣) أبو يعلى – المرجع نفسه – ص ٤٤ وما بعدها .

كما تحدث الفقهاء عن اختصاصات ولاية القضاء وبينوا أن منها : فصل المنازعات ، وقطع التشاجر والخصومات ، واستيفاء الحقوق من الممتنع عنها، وإيصالها إلى مستحقيها بعد ثبوت استحقاقها بالاقرار أو البينة ، وثبوت الولاية على من كان ممنوعاً من التصرف لجنون أو صغر ، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس ، والنظر في الأوقاف بحفظ أصولها ، وتنمية فروعها وقبض غلتها ، وصرفها في سبلها ، وتنفيذ الوصايا على شروط الموصى فيما أباحه الشرع ، وتزويج الأيامى بالأكفاء ، إذا عدم الأولياء ، وإقامة الحدود على مستحقيها ، والنظر في مصالح عمله ، وتصفح شهوده وأمنائه ، واختيار النائبين عنه من خلفائه في إقرارهم ، والتعويل عليهم مع السلامة والاستقامة ، وصرفهم والاستبدال بهم مع ظهور الجرح والخيانة [1].

فإذا حوسب من وجبت محاسبته من العمال ، أعملت قواعد الاثبات في المخالفات فإذا ثبت الخطأ وجب التصحيح على الوالى المخطئ ، وهكذا ضبط الفقهاء تنظيم العمل والمحاسبة عليه [2].

كما تكلموا عن اختصاصات بقية الولايات ، كولاية المظالم ، وولاية النقابة على ذوى الأنساب ، والولاية على إمامة الصلوات ، وصلاة الجمعة وفي غير الصلوات الخمس ، كصلاة العيد ، والخسوفين، والاستسقاء ، وولاية الحج ، وولاية الصدقات ، وولاية الحسبة [3].

---

(١) الماوردى – ص ٧٨ وما بعدها ، وأبو يعلى – ص ٦٥ وما بعدها ، د. سليمان الطماوى – ص ٣١٠ وما بعدها ، وراجع : كتابنا : افتراض الشخصية وآثاره في الفقه الإسلامي والقانون – ص ٢٠٢ وما بعدها – دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٢.

(٢) الماوردى – ص ٢٤٦ وما بعدها ، أبو يعلى – ص ٢٥٦ .

(٣) د. سليمان الطماوى – ص ٣١٣ وما بعدها .

المبادئ العامة التى تحكم اختصاصات جميع الوظائف :

بيد أن تحديد اختصاصات كل وظيفة على نحو خاص ، ربما لا يسعف في ممارسة جميع الوظائف التى توجه مختلف أنشطة الدولة ، خاصة تلك التى تلى الوظائف العليا في المرتبة ، والتى يشغلها عدد كبير من الموظفين أو الولاة القائمين على شئون تلك الوظائف في مناحى التخصصات المتباينة في التعليم ، والصحة ، والزراعة ، والتجارة ، والصناعة ، والشرطة ، والقضاء وغير ذلك من الوظائف التى لا يستغنى أي مجتمع عنها ، والتى يقتضى القيام بها ما أوجبه الله على المسلمين من القيام بفرض الكفاية في كل ما لهم فيه حاجة شرعية معتبرة ، تتعلق بحفظ مصلحة ضرورية أوحاجية أو تحسينية ، وهذه الوظائف من الكثرة والتنوع بما لا يمكن معه وضع ضوابط لاختصاصات كل وظيفة على حدة ، فإن ذلك التحديد إذا كان ممكناً بالنسبة للوظائف العليا ، إلا أنه في مجال تلك الوظائف الكثيرة والمتنوعة يبدو أمراً في غاية المشقة ، ومن ثم اتجه الفقهاء إلى وضع المبادئ العامة التى تحكم واجبات تلك الوظائف بما يسمح بتغييرها ، أو تطويرها ، وفقاً لظروف الزمان والمكان وطبيعة العمل، وفي حدود المبادئ العامة للشريعة .

المطلب الثالث

التنظيم المالي

الفرع الأول

التنظيم المالي في القانون

يمكن تعريف القانون المالى بأنه : مجموعة القواعد القانونية التى تنظم مالية الدولة ، أى ميزانيتها من حيث الإيرادات والمصروفات كما تشمل دراسة الضرائب والقروض ، والقواعد التى تحكم ميزانية الدولة على وجه العموم .

وعلى ذلك فالقانون المالى يبين موارد الدولة وطرق جبايتها ويحدد طرق إنفاقها .

ويراعى أن التشريع المالى كان إلى عهد قريب جزءاً من القانون الإدارى يختص بالجانب المالى للسلطة الإدارية ، إلا أنه قد استقل وصار فرعاً مستقلاً من فروع القانون(١).

موضوعات القانون المالى :

ويبدو من التعريف بالقانون المالى ؛ أن موضوعاته تدور حول ميزانية الدولة بما تنقسم إليه من إيرادات ومصروفات ، وكيفية جمع الإيرادات ، وإنفاق المصروفات .

ومصادر الإيرادات متنوعة ، فهناك الضرائب ، وما تأخذه الدولة نظير خدمات تؤديها بواسطة المرافق العامة التى تديرها أو تشرف عليها ، وما يعود على الدولة من أموالها الخاصة ، أو ما تبيعه منها ، وهناك القروض التى تقترضها الدولة لتقوم بتنفيذ المشروعات التى تحتاج إلى أموال خاصة .

أما المصروفات ، أو النفقات العامة، فهى ما تنفقه الدولة على المرافق العامة كالدفاع والأمن والتعليم والصحة والقضاء ، وغير ذلك من المرافق ، كما تشمل النفقات أيضاً ، رواتب الموظفين والعمال ، وما تنفقه فى سبيل التكافل الاجتماعى الذى نص عليه الدستور(٢).

---

(١) د. جمال الدين طه العاقل – ص ٥٧، د. عبد الرازق فرج – ص ٢٤.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٨.

الفرع الثاني

التنظيم المالي في التشريع الإسلامي

نظراً لما للمال من أهمية في حياة الناس قد تغرى بالطمع فيه أو التطاول عليه ، فقد وضع الفقهاء تحديداً دقيقاً لما يجب على والى المال العام أن يفعله مع بيان الخطوات التى يجب أن تتبع ، والإجراءات التى لابد أن تفعل ، وإذا حدث إهمال لخطوة ، أو تقصير في عمل إجراء من جهة الوالى ، فإنه يكون حريا بالمحاسبة ، وهذه الإجراءات تتعلق باستيفاء المال ، وإخراجه ، وفي حالة الاستيفاء سواء كان ذلك ممن وجب عليه المال أو القابضين له من العمال، فيجب أن يكون في إطار التوثيق بالاقرار أو الكتابة ، واتباع ما تقضى به وسائل الاثبات ، كما بين الفقهاء الحالات التى لا يعتد بالصرف فيها إلا بتوقيع الإمام وذلك في حالة الصرف من حقوق بيت المال أو التنازل عنها ، ولا يجوز إمضاء التصرف حالتئذ إلا باستيفاء هذا الإجراء [1]، وإذا استراب صاحب الديوان في التوقيع ، وجب عليه أن يعرضه على الموقع، فإن اعترف به صح ، وإلا فلا .

ووضع الفقهاء نظاماً للجزاء والحساب يختلف حكمه باختلاف ماتقلدوه ، فإن كانوا من عمال الخراج لزمهم دفع الحساب ، ووجب على كاتب الديوان محاسبتهم على صحة مارفعوه ، وإن كانوا من عمال العشر فإنهم يحاسبون ، وبجانب هذا النظام الرقابي الصارم كان لابد من تحديد الموارد المالية وبيان

---

(١) المـــاوردى – ص ٢٤٤ ، حيث يقول : وأما كاتب الديوان وهو صاحب ذمامة ، فالمعتبر في صحة ولايته شـــرطان : العدالة والكفاية ، فأما العدالة فلأنه مؤتمن على حق بيت المال والرعية ، فاقتضى أن يكون في العدالـــة والأمانة على صفات المؤتمنين، وأما الكفاية فلأنه مباشر لعمل يقتضى أن يكون في القيام مستقلاً بكفايـــة المباشـــرين ، فـــإذا صح تقليده ، فالذى ندب له ستة أشياء : حفظ القوانين ، واستيفاء الحقوق ، واثـــبات الدفوع ، ومحاسبة العمال ، وإخراج الأموال ، وتصفح الظلامات ، راجع : أبو يعلى – ص ٢٥٤ وما بعدها .

وجوه إنفاقها على نحو يضبط وجوه الانفاق بما يحفظ المال العام ، وعلى أساس أن النظام المالي في التشريع الإسلامي يقوم على تدبير موارد الدولة ، وبيان مصارفها بما يكفل سداد النفقات التى تقتضيها المصالح العامة من غير إرهاق للأفراد ولا إضاعة لمصالحهم الخاصة (١).

(١) الموارد المالية :

وتتمثل الموارد المالية في الزكاة والخراج والجزية والعشور وخمس الغنائم ، وخمس ما يعثر عليه من الزكاة والمعادن ، وتركة من لا وارث له أصلاً ، ومال اللقطة ، وكل مال لا يعرف له مالك (٢).

(٢) المصارف المالية :

وأما المصارف المالية ؛ فإنها تتمثل في مصارف الزكاة المنصوص عليها ، كما تشمل أرزاق الموظفين من الولاة والعمال وأعطيات الجنود ، وكرى الأنهار وإصلاح مجاريها .

ويقوم النظام المالي في الجملة على أساس العدل والرحمة والتوفيق بين المصلحة العامة ومصلحة أرباب الأموال ، كما روعى في جباية المال وصرفه في مصارفه رفع الحرج عن أرباب الأموال ، وهذه قواعد وأسس تكون نظاماً مالياً على غرار ما ينشده علماء الاقتصاد ويتقبله كل اصلاح يتطلبه حال الأمم في كل عصر (٣).

---

(١) الشيخ عبد الوهاب خلاف – السياسة الشرعية – ص ١٠١ ، والخراج ، هو الضريبة الموضوعة على الأرض ، وأول من وضعها عمر بن الخطاب بحسب خصوبة الأرض ونوع الزرع وحالة الناس ، وأما العشور فهى الضرائب المفروضة على تجارة الصادرات والواردات ، والجزية ما يدفعه غير المسلمين مقابل عدم اشتراكهم في الدفاع عن البلاد ، راجع : النظام المالي في الإسلام ، د. بدوى عبد اللطيف – ص ٢٣ ومابعدها – طبعة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية سنة ١٩٦٢م .

(٢) الشيخ عبد الوهاب خلاف – السابق– ص ١٠٢ .

(٣) المرجع نفسه – ص ١٤٢ وما بعدها .

المطلب الرابع

النظام الجنائى في التشريعين الإسلامي والوضعي

الفرع الأول

القانون الجنائى الوضعي

يعـرف القـانون الجـنائى بأنه : مجموعة القواعد القانونية التى تحدد الجـرائم المعاقب عليها ، والعقوبات المقررة لمن يرتكبها ، والإجراءات التى تتبع فى تعقب المتهم ومحاكمته وتنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه .

وبناء على ذلك فإنه ينقسم إلى فرعين رئيسيين هما :

أولاً : قانون العقوبات ، وهو ذلك الفرع من القانون الجنائى الذى يحدد الجرائم المعاقب عليها ، والعقوبات المقررة لمن يرتكبها .

ثانـياً : قـانون الإجـراءات الجنائـية، وهو الفرع الذى يعنى بدراسة الإجـراءات الـتى تتـبع فى محاكمة المتهمين ، وتنفيذ العقوبة المحكوم بها عليهم.

أمّا القسم الأول وهو قانون العقوبات فينقسم بدوره إلى قسمين :

(أ) القسم العام من قانون العقوبات .

(ب) القسم الخاص من قانون العقوبات .

(١) المسائل التى ينظمها القسم العام :

يتولى القسم العام من قانون العقوبات تنظيم الموضوعات الآتية :

(أ) بيان المبادئ العامة للمسئولية الجنائية دون التعرض للأحكام الخاصة بكل جريمة على حدة .

(ب) كما يبين أنواع الجرائم وما تنقسم إليه من مخالفات وجنح وجنايات .

والمخالفات : جمع مخالفة ، وهى الجريمة التى تكون عقوبتها الحبس لمدة لا تزيد على أسبوع والغرامة التى لا تتجاوز مائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين .

وأما الجنحة : فهي الجريمة التى تكون عقوبتها الحبس مدة تزيد على أسبوع وغرامة تزيد على مائة جنيه .

وأما الجناية : فإنها الجريمة التى تكون عقوبتها السجن أو الأشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة أو الإعدام ، وكما يبدو فإن هذا التقسيم يبين تدرج الجرائم فى جسامتها من خلال شدة العقوبات المقررة لها .

(ج) كما يبين – كذلك – العقوبة من حيث أنواعها وتعددها وسقوطها والإعفاء منها ، والعوامل التى ينبغى أن تؤخذ فى الاعتبار عند الحكم بها تشديداً وتخفيفاً بحسب ظروف كل جريمة ، وسلوك كل جان عند اقترافها بحيث تتلاءم العقوبة مع الجريمة ، كما يوضح الركنين اللازم توافرهما لقيام الجريمة ، وهما ركنان : ركن مادى وركن معنوى ، والأول يتكون من السلوك والنتيجة وعلاقة السببية بينهما، والثانى هو القصد ، الذي يتكون من العلم والإرادة ، أي علم الجاني بأن ما يفعله جريمة .

(٢) وأما القسم الخاص من قانون العقوبات :

فإنه يبين الأحكام الخاصة بكل جريمة على حدة كما يوضح أن نوع الجرائم متعددة ، فمنها ما يقع على الدولة مباشرة فيخل بأمنها الداخلى والخارجى مثل جرائم التزييف فى العملة والاختلاس ، والرشوة والتجسس وإفشاء الأسرار الحربية .

وقد تقع الجرائم على الأفراد ، فيكون منها ما يصيب النفس كالقتل والضرب ، وقد تقع على أموالهم كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة .

ومن الجرائم ما يقع على العرض والشرف كالزنا والقذف والسب .

ثانياً : قانون الإجراءات الجنائية :

هـو مجموعة القواعد التى تحدد الإجراءات الواجب اتباعها عند وقوع الجـريمة سواء تعلقت هذه الإجراءات بالتحقيق أو بالمحاكمة أو بطرق الطعن فيها ، أو بتنفيذها .

ويلاحـظ أن قواعـد الإجـراءات الجنائية قواعد شكلية تبين الإجراءات الواجـب اتخاذها عند وقوع الجريمة فتحدد السلطة التى تتولى التحقيق وكيفية القـيام بهـذا التحقيق ، وتوضح كذلك متى يجوز القبض على المتهم ومتى لا يجـوز ، ومـتى يحـبس حبسـاً احتياطياً وكيفية إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة وطرق السير فيها وتحدد طرق الطعن فى الأحكام .

ومـن ثم يبدو أن الإجراءات الجنائية قواعد شكلية لا تبحث فى موضوع الجـريمة وإنمـا تبحـث فى الإجراءات التى يجب أن تتبع فى إسنادها للمتهم والحكـم علـيه بالعقوبـة المقـررة، وتنفيذ هذه العقوبة ، على خلاف قانون العقوبات الذى يعنى بموضوع الجريمة وبيان أركانها وشروط الإسناد فيها .

الفرع الثاني

النظام الجنائي في التشريع الإسلامي

يسـتهدف النظام الجنائي في التشريع الإسلامي حماية مصالح المجتمع ومقومـات وجـوده المتمـثلة فـيما يعرف بالضرورات الخمس ، أو الكليات الخمـس، وهـي الديـن والـنفس والعقـل والعرض والمال ، حيث تمثل تلك الضـرورات مقومات أساسية لقيام أي مجتمع إنساني ، ولا شك أن المحافظة علـى تلك المقومات تقتضى وجود العقاب الزاجر الذى يحقق الردع في قلوب الأفـراد حـتى لا يـتطاولوا عليها ، وكما هو معروف ، فإنه لم يوجد بعد ذلك

المجتمع المثالى الذى يحافظ على مقومات وجوده ويحترم حقوق غيره من غير عقاب رادع ، لذلك عنيت الشريعة الإسلامية بتنظيم العقوبات التى يجب توقيعها على كل من يتعرض لحقوق الجماعة الأساسية ، وهذه العقوبات هي القصاص، والحدود ، والتعزيزات .

والقصـــاص هو العقوبة المقدرة في الجناية على النفس أو ما دونها حقا للعـــبد ، وأما الحدود فهى عقوبات مقدرة بمعرفة الشرع ، وهي القتل لمن بدل دينـــه ، والـــرجم للزاني المحصن ، والجلد مائة جلدة للزاني غير المحصن ، والجلـــد ثمانون جلدة لجريمة القذف ضد الأعراض ، أو لشارب الخمر ، وقطع يد السارق عملاً بقوله تعالى : " والسارق والسارقة فأقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله ، والله عزيز حكيم [1]" ، وأما قطاع الطريق فإن عقوبتهم ، هي القتل ، أو القتل مع الصلب ، أو قطع الأيدى والأرجل من خلاف ، أو النفي من الأرض .

وأما التعزيرات ، فهى العقوبات التى يقدرها ولى الأمر ، أوالقاضى حين لا توجد عقوبة مقدرة ، أو وجدت ولم يمكن الاستيفاء فيها ، ويمكن القول إن التشـــريع الإســـلامي قـــد عرف ما تواضع عليه فقهاء القانون الوضعى ، من تقســـيم قانون العقوبات إلى قسمين : أحدهما : موضوعي ، ثانيهما : إجرائي ونخصص لبيان كل من هذين القسمين مقصداً :

---

(١) سورة المائدة – الآية ٣٨ .

المقصد الأول

الجانب الموضوعى في الجزاءات

الجانـــب الموضـــوعي في الجزاءات ويشمل القواعد العامة للجريمة من جهـــة أركانهـــا الــثلاثة ، وهي : الركن الشرعي الذى يحتم وجود نص يجرم الفعـل، ويبين نوع العقاب عليه ، والركن المادي ، وهو يتعلق بالفعل المحرم والركن المعنوى ، وهو أن يقع الفعل من شخص توافرت فيه أهلية تحمل تبعة أعمالـــه ، وهـــذه الأركـــان الثلاثة موجودة فى التشريع الإسلامي ، فالجرائم والعقوبـــات فـــيه محددة بالنص ، وإذا كان المبدأ المقرر في القانون : أنه لا جريمة إلا بنص ، ولا عقوبة إلا بقانون ، فإن التشريع الإسلامي قد سبق كافة التشـــريعات الوضـــعية فـــي تقريـــر هـــذا المبدأ ، وذلك من خلال النص على المحرمات قصداً وتفصيلاً ، وفي هذا يقول الله تعالى : " وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه [1]" ، وقد جاء هذا التفصيل في شقين هما : النص على المحرمات ، والنص على العقوبات .

(أ) النص على المحرمات :

جـــاء الـــنص على المحرمات استثناء من الأصل العام وهو الإباحة في الأشـــياء مع بقاء الأصل في الأعراض وهو التحريم ، إلا ما استثنى بالعقد أو بـــالملك ، أي ملـــك اليمين ، ومن النص على المحرمات ، قوله تعالى : " قل تعـــالوا اتـــل ما حرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً ، ولا تقـــتلوا أولادكـــم من إملاق نحن نرزقكم وإياهم ، ولا تقربوا الفواحش ما ظهر مـــنه ومـــا بطن ، ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ، ذلكم وصاكم به لعلكـــم تعقلـــون ، ولا تقـــربوا مال اليتيم إلا بالتى هي أحسن حتى يبلغ أشده

---

(١) سورة الأنعام – من الآية ١١٩.

وأوفــوا الكيل والميزان بالقسط لا نكلف نفساً إلاوسعها وإذا قلتم فاعدلوا ولو كــان ذا قــربى ، وبعهد الله أوفوا ولكم وصاكم به لعلكم تذكرون [1]" ، وقوله تعالى : " قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه ألا أن يكون ميتة أو دمــاً مســفوحاً أو لحم خنزير ، فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد ، فإن ربك غفور رحيم [2]" ، وقوله تعالى : " قل إنما حــرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن ، والإثم والبغى بغير الحق ، وأن تشــركوا بالله ما لم ينزل به سلطاناً ، وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون [3]" ، وقوله تعــالى : " إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به، فمن اضطر غير باغ ولا عاد ، فإن الله غفور رحيم [4]".

وقوله تعــالى : " يــا أيهــا الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم ، إن الله يحكم ما يريد ، يا أيها الذين آمنوا لا تحلوا شعائر الله ولا الشهر الحرام ولا الهدى ولا القلائد ولا آمين البيت الحرام يبتغون فضلاً من ربهم ورضواناً ، وإذا حللتم فاصطادوا ولا يجــر مــنكم شنآن قوم أن صدوكم عن المسجد الحرام أن تعتدوا وتعاونوا علــى الــبر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان واتقوا الله إن الله شديد العقــاب ، حرمــت علــيكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ، والمنخــنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة ، وما أكل السبع إلا ما ذكيتم ، وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ، ذلكم فسق ، اليوم يئس الذين كفروا مــن دينكم فلا تخشوهم واخشون اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى

(١) سورة الأنعام – الآيتان ١٥١ ، ١٥٢ .

(٢) سورة الأنعام – الآية ١٤٥.

(٣) سورة الأعراف – الآية ٣٣ .

(٤) سورة النحل – الآية ١١٥ .

ورضـــيت لكم الاسلام ديناً ، فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفـــور رحـــيم ، يسألونك ماذا أحل لهم ، قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجـــوارح مكلبين تعلمونـهم ، مما علمكم الله، فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اســـم الله علـــيه ، واتقـــوا الله إن الله سريع الحساب ، اليوم أحل لكم الطيبات وطعـــام الذيـــن أوتـــوا الكـــتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمـــنات ، والمحصـــنات مـــن الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، إذا آتيتموهن أجورهـــن محصنين غير مسافحين ولا متخذى أخدان ، ومن يكفر بالإيمان فقد حبط عمله ، وهو في الآخرة من الخاسرين [1]" .

وقوله تعـــالى : " حرمـــت علـــيكم أمهـــاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخـــالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ، وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضـــاعة ، وأمهـــات نســـائكم وربائكم اللاتى في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلاما قد سلف إن الله كان غفوراً رحيماً [2]" .

وعن أبى هريرة أنه – صلى الله عليه وسلم – نـهى أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها [3]" ، وقوله تعالى : " يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون [4]" .

وقولـه تعـــالى : " ولا تقـــربوا الزنا إنـه كان فاحشة وساء سبيـــلا ، ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ، ومن قتل مظلـــوماً فقـــد جعلنـــا لوليه

---

(١) سورة المائدة – من الآية الأولى حتى الآية (٥) .

(٢) سورة النساء – الآية ٢٣.

(٣) رواه الجماعة إلا ابن ماجه والترمذى – راجع : نيل الأوطار للشوكانى – جـ ٥ – ص ١٦٦ .

(٤) سورة المائدة – الآية ٩٠ .

ســلطاناً فلا يسرف في القتل إنه كان منصوراً [1]" ، وقد تواترت آيات القرآن الكريم في ذكر تلك المحرمات تفصيلاً بما يجعل المكلفين على بينة من أمرهم ، وحتى يكون ذلك إنذاراً يعذرون به .

(ب) النص على العقوبات :

وقــد ورد النص على العقوبات تحديداً ، في جرائم الحدود والقصاص ، بقــول الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى [2]" ، وقولــله تعــالى : " ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهلــه ألا أن يصدقوا [3]" ، وقوله تعالى : " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخــر [4]"، وقــد رجــم – صــلى الله عليه وسلم – ماعزا والغامدية بسبب إحصــانهما ، فكان الرجم ثابتاً بالسنة الشريفة [5]، ويقول الله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ، فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون [6]" ، وقوله تعالى : " إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم [7]" ، وقد روى أنس أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أتى برجل شرب الخمر ، فجلد بجريدتين نحو أربعين ، قال : وفعله أبو بكر ، .

---

(1) سورة الاسراء – الآيتان ٣٢ ، ٣٣ .

(2) سورة البقرة – من الآية ١٧٨ .

(3) سورة النساء – من الآية ٩٢ .

(4) سورة النور – من الآية الثانية .

(5) راجع : نيل الأوطار للشوكاني – جـ ٧ – ص ٩٧ وما بعدها .

(6) سورة النور – الآية ٤ .

(7) سورة المائدة – الآية ٣٣ .

فلمـــا استشـــار الـــناس ، قـــال عبد الرحمن : أخف الحدود ثمانين ، فأمر به عمر[1]"، ومن ثم ورد النص قصداً على العقوبات وتحديد موجباتها في الحدود والقصـــاص ، وفـــيما عداهمـــا يكـــون في التعزير غناء عن الفراغ التشريعى والعقابـــي فـــي الجرائم التى تحتاج إلى مرونة في التقدير من قبل ولى الأمر ، على أساس أن الله يزع به ما لا يزع بالنص.

إسناد الجرم لفاعله يقيناً :

ويشـــترط وقوع الفعل المنصوص على تجريمه ، وأن يتحقق إسناده إلى فاعل معين بيقين مع انتفاء أدنى شبهة في هذا الإسناد ، لأنها تنفي الاتهام في مقابل البراءة الأصلية الثابتة لكل إنسان بحكم مولده بريئاً من ارتكاب الذنوب ، ونقـــى الصفحة أبيض السريرة منها ، كما يشترط أن يكون مدركاً لفعله ، بأن يـــتوافر فيه عنصر الإدراك والتمييز ، والعلم بما تتجه إليه إرادته ، فلا يكون صـــغيراً لا يميز ، ولا يكون خالى الذهن أو جاهلاً بما يفعله ، وأن يشكل فعله تعدياً على حق يمثل ارتكابه جريمة معاقباً عليها .

بـــيد أنه يلاحظ أن الرأى الراجح في الفقه يميل إلى تضمين القاصر ، أو عديـــم التميـــيز فـــي حالة الأضرار التى يفعلها بغيره سواء أكان مباشراً لتلك الأضـــرار أم متسبباً فيها ، وذلك حفاظاً على مال الناس ، وتحقيقاً للمصلحة ، وذلـــك لمـــا هو مقرر لدى فقهاء الشريعة : أن المباشر ضامن وإن لم يتعد ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً[2]، وقد أخذ الفقه الألمانى بما انتهى إليه

---

(١) رواه أحمد ومسلم ، وراجع : نيل الأوطار للشوكاني – السابق – ص ١٥٦ .

(٢) مجمـــع الضـــمانات – للبغدادي – ص ١٤٦ ، وراجع : المبسوط للسرخسى – جـ ١١ – ص ٥٤ ، بداية المجـــتهد – جـ ٢ – ص ٣١٦ ، مغنى المحتاج – جـ ٢ – ص ٢٧٧ ، والمغنى لابن قدامه – جـ ٧ – ص ٥٠٩ ، الـــروض النضير – جـ ٤ – ص ٢٦٤ ، والشيخ على الخفيف – الضمان في الفقه الإسلامي – ص ٧٤ ، د. سليمان محمد أحمد – ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي – ص ٢٣٠ ، د. السنهوري—

الفقـه الإسـلامي فـي تلـك المسـألة للقول بنظرية المصلحة ، أو النظرية الموضوعية في إيفاء الحقوق على يد الفقيه إهرنج .

شروط المسئولية الجنائية التى يجب أن تتوافر في الجاني :

ويشترط لقيام المسئولية الجنائية في الجاني ما يلى :

أولاً : أن يكون الجاني مختاراً في فعله :

وذلـك بأن يرتكب جريمته بإرادة حرة واختيار ، فإذا لم يكن مختاراً في فعلهـا ، فإنـه لا يكون مؤاخذاً بما فعل ، والإكراه هو حمل الإنسان على ما لا يحـبه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه بالوعيد ، فقد روى البخارى : " أن عـبداً من رقيق الإمارة وقع على وليدة فاستكرهها حتى افتضها ، فجلده عمر الحـد ونفاه ، ولم يجلد الوليدة من أجل أنه استكرهها [1]"، وروى ابن المنذر وغيره قال : كنا مع عمر بن الخطاب بمنى ، فأتى بامرأة ضخمة على حمار ، فقـالوا : زنت ، وجاء قومها يثنون عليها خيراً ، وجعلت تبكى ، فقال عمر إن المرأة ربما استكرهت ، قال : قالت يا أمير المؤمنين : إني كنت امرأة يرزقنى الله من هذا الليل ما شاء الله أن يرزقنى ، وإني قمت ذات ليلة حتى إذا نعست أتيـت فراشـى فنمت ، فلم أشعر إلا ورجل ركبنى ، فقال عمر : لو قتلت هذه المـرأة خشـيت أن يعذب ما بين الأخشبين ، قال : ثم خلى عنها ، وكتب إلى أمراء الأمصار ألا تقتلوا نفساً دونى[2].

= مصـادر الحق في الفقه الإسلامي – جـ ١ – ص ٥٦ ، حاشية (١) ، د. بدر جاسم اليعقوب ، السابق – ص ١٠٢ وما بعدها .

(١) فتح الباري – جـ ١٢ – ص ٣٢٢ .

(٢) المغـنى لابـن قدامة – جـ ٩ – ص ٣٠ ، سنن البيهقى – جـ ٨ – ص ٢٣٥ ، كنز العمال – جـ ٣ – ص ٨٧ .

ومـــا فعله عمر – رضي الله عنه – هو الذى يوافق الكتاب والسنة ، أما الكـــتاب فـــيقول الله تعـــالى : " من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئـــن بالإيمان [١] " ، وقوله تعالى : " ومن يكرهن فإن الله من بعد إكراههن غفـــور رحـــيم [٢] " ، فقد دل هذان القولان الكريمان على أن الفعل مع الإكراه مغتفر في إظهار الكفر وغيره .

وروى الـــترمذى وأبـــو داود : أن امرأة خرجت على عهد رسول الله – صـــلى الله علـــيه وسلم – تريد الصلاة فتلقاها رجل فقضى حاجته منها ، وفي آخـــر الحديث قال لها النبى – صلى الله عليه وسلم – : " أذهبى فقد غفر الله لك[٣] " .

وهذه الآثار تتفق مع أصول الشريعة ، كما أنها تتفق مع القرآن الكريم ، فـــي قول الله تعالى : " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه [٤] " ، وقوله تعـــالى : " فمن اضطر غير باغ ولا عاد ، فإن ربك غفور رحيم [٥] " ، وقد قال بعـــض الفقهاء : إن سقوط الحد أقرب من سقوط الإثم ، فالظاهر من الآيات أن الاضطرار على ارتكاب المحرم كالزنا يوجب سقوط الحد ، كحكم الاضطرار على أكل الميتة في وجوب سقوط الاثم ، فإذا سقط الإثم سقط الحد بالطريق الأولى ، لأن الضرورة في الشريعة يسقط بها الاثم مع تعاطى المحرمات .

---

(١) سورة النحل – من الآية ١٠٦ .

(٢) سورة النور – من الآية ٣٣ .

(٣) تحفة الأحوذى – جـ ٢ – ص ٣٣٤ ومابعدها .

(٤) سورة النحل – من الآية ١١٥ .

(٥) سورة الأنعام – من الآية ١٤٥ .

ثانياً : أن يكون الجاني عالماً بالحكم :

فإن لم يُكن عالماً بالحكم فلا يقام عليه الحد ، وقد روى ابن المنذروغيره عن سعيد بن المسيب أن عاملاً لعمر بن الخطاب – رضى الله عنه – كتب إليه يخبره أن رجلاً اعترف عنده بالزنا ، فكتب إليه عمر: أن سله هل كان يعلم أن الله حـــرم الزنا ، فإن قال : نعم ، فأقم عليه الحد ، وإن قال : لا ، فأعلمه أنه حـــرام ، فإن عاد فاحدده [1]. وروى البيهقي ، أن امرأة أعجمية لم تفقه بعد ، فلم ترعه إلا بحبلها وكانت ثيباً ، فبلغ عمر أمرها فقال لها : أحبلت ؟ ، قالت : نعـــم ، من مرعوش بدرهمين ، فإذا هي تستسهل ذلك ولا تكتمه ، فقال عمر : أراها تستسهل ذلك وليس الحد إلا على من علم ، والذى نفسى بيده ، ما الحد إلا علـــى من علم ، فجلدها ولم يقم عليها الحد وكانت ثيباً [2]، وروى البيهقى عن ابن عمر عن عمر ، أنه كتب إليه في رجل قيل له متى عهدك بالنساء ؟ ، قـــال : البارحة ، قيل بمن ؟ ، قال بأم مثواى ، فقيل له : قد هلكت ، قال : ما علمت أن الله حرم الزنا ، فكتب عمر – رضى الله عنه – : أن يستحلف ما علم أن الله حرم الزنا ثم يخلى سبيله [3].

وبـــناء على تلك الآثار ، ذهب جمهور أهل العلم إلى أن الحد يدرأ بجهل تحـــريم جـــرائم الحدود ، إلا أنهم يقيدون الجهل الذى يعذر صاحبه بأن يكون مدعـــى الجهـــل قريـــب عهد بالإسلام أو بداره ، فإن كان مقيماً بين ظهرانى المســـلمين وكان إسلامه قديماً فلا يعذر بالجهل ، لأنه حينئذ يدعى ذلك كذباً – وقـــد قـــال ابـــن ملك في تقسيمه للجهل : وقسم يكون فيه الجهل عن اجتهاد

---

(١) كنز العمال – جـ ٣ – ص ٨٧ ، والمحلى لابن حزم – جـ ١١ – ص ١٨٨ .

(٢) كـــنز العمال – جـ ٣ – ص ٨٧ ، سنن البيهقى – جـ ٨ – ص ٢٣٨ ، والمحلى لابن حزم – جـ ١١ – ص ١٨٤ .

(٣) سنن البيهقى – جـ ٨ – ص ٢٣٩ ، نصب الراية – جـ ٤ – ص ١٦٥ .

صحيح أو يعتبر مقصراً ، أو في موضع الشبهة ، وهذا القسم صالح لأن يدرأ به الحد والكفارة ، وقسم يكون الجهل بالبعد عن دار الإسلام ، كأن يوجد في دار الحرب وهو مسلم ، وهذا يكون جهله عذراً دارئاً للحد والكفارة (١).

ثالثاً : أن يكون المجنى عليه غير متلبس بالجريمة :

إذا فعل الجاني جريمته بحق من تلبس بالتعدى على عرضه ، فإنه لا يعاقب ، يدل على ذلك ما روى عن سعيد بن منصور : أن عمر كان يوماً يتغذى إذ جاءه رجل يعدو ، وفي يده سيف ملطخ بالدم ، ووراءه قوم يعدون خلفه ، فجاء حتى جلس مع عمر ، فجاء الآخرون فقالوا يا أمير المؤمنين : إن هذا قتل صاحبنا ، فقال عمر : ما يقولون، قال : إنى ضربت فخذى امرأتى ، فإن كان بينهما أحد فقتلته ، فقال عمر : ما تقولون : قالوا يا أمير المؤمنين : إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذى المرأة ، فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه إليه وقال: إن عادوا فعد (٢).

ولذلك ذهب جمهور فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة ، إلى جواز قتل الزوج من يضبطه مع زوجته متلبساً بجريمة الزنا ، سواء أكانت مطاوعة أم مكرهة ، ودم المتلبس بالجريمة هدر إن ثبت ذلك عند القاضى بشاهدين أو بالإقرار (٣).

---

(١) فتح القدير - جـ ٤ - ص ١٤٧ ، حاشية الدسوقى - جـ ٤ - ص ٢٨٠ ، والمجموع للنووى - جـ ١٨ - ص ٢٥٩ ، والمغنى - جـ ٩ - ص ٥٧ .

(٢) المغنى لابن قدامه - جـ ٨ - ص ٢٤٨ ، سنن البيهقى - جـ ٨ - ص ٣٣ ، وفيه أن الذى قتلته هى المرأة ، مصنف عبد الرزاق - جـ ٧ - ص ٣٠٤ .

(٣) حاشية ابن عابدين - جـ ٣ - ص ١٧٩ ، ومغنى المحتاج - جـ ٤ - ص ١٩١، وكشاف القناع - جـ ٦ - ص ١٥٦ .

وروى المالكية أنه ليس له قتله ، إلا أن يشهد أربعة شهود على الزنا ، فـإن شهدوا على ذلك فقتله فدمه هدر [1]، ويرى الباجى نقلاً عن بعض فقهاء المالكية : إن قتله وهو يكر ويفر وجبت على القاتل الدية[2] .

رابعاً : أن يكون فعل الجاني تعدياً :

يجـب أن يكون فعل الجاني مؤثماً ، ولا يعتريه وجه من وجوه الإباحة ، فـإذا كان مما تعتريه الإباحة كما لو كان دفاعاً عن النفس أورداً لصائل ، فإن فعله يكون مباحاً ولا عقاب عليه ، فإذا قتل إنساناً أو قطع منه عضواً أوجرحه دفاعاً عن نفسه أو عرضه أو ماله أودفاعاً عن أخيه المظلوم لا يجب عليه قود ولا ديـة ، لأن المدافـع معصوم الدم والمعتدى غير معصوم الدم ، فلا تكافؤ بيـنهما ، وبذلـك يـنعدم شـرط من شروط القصاص وهو التكافؤ بين القاتل والمقـتول ، إلا أنه لا بد أن يكون المعتدى غير معصوم الدم في كل حال ، بل إن ذلك خاص بحال ما إذا كان لا يمكن دفعه إلا بالقتل ، أما إذا أمكن دفعه بغير ذلك كالصياح ونحوه فقتله وجب فيه القود ، جاء في الشرح الكبير : وجاز دفع صـائل علـى الـنفس أو المال أو الحريم بعد الإنذار للفاهم ، فإن لم يندفع إلا بالقـتل قتله ، ولا قصاص عليه ، وجاز قصد قتله ابتداء إن علم أن الصائل لا يندفع إلا بالقتل [3]، ومعنى الإنذار للفاهم أن يكون الصائل عاقلاً يفهم الإنذار ، أمـا إذا كـان مجـنوناً أو صغيراً غير مكلف فحينئذ لا يجب الإنذار في مذهب المالكية بل له قتله قصداً .

---

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – جـ ٤ – ص ٢١٢ .

(2) المرجع نفسه .

(3) حاشـية الدسـوقي على الشرح لكبير – جـ ٤ – ص ٣١٧ ، وفي هذا المعنى : حاشية ابن عابدين على الدر المختار – جـ ٦ – ص ٥٤٦ ، شرح منتهى الإرادات – جـ ٣ – ص ٣٧٨ ، والمغنى لابن قدامة – جـ ٩ – ص ١٦٥ – والسراج لوهاج شرح المنهاج – للنووي – ص ٥٣٦ .

ومما يدل على ذلك من السنة ما رواه مسلم في صحيحه عن أبى هريرة – رضى الله عنه – قال : جاء رجل فقال يا رسول الله : أرأيت أن جاء رجل يريد أخذ مالى ؟، قال : فلا تعطه مالك ، قال : أرأيت أن قاتلنى ؟ ، قال : قاتله، قال : أرأيت إن قتلنى ؟ ، قال فأنت شهيد ، قال : أرأيت إن قتلته ؟، قال : هو في النار [١]" ، وما رواه البخارى وغيره عن أبى هريرة أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال : من أطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقل حل لهم أن يفقأوا عينه " ، وفي رواية : من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم ففقأوا عينه فلا دية ولا قصاص[٢]، قال الشوكاني – رحمه الله– ، بعد أن ذكر هذا الحديث وغيره : وأحاديث الباب فيها دليل على أنه يجوز مقاتلة من أراد أخذ مال الإنسان من غير فرق بين القليل والكثير ، إذا كان الأخذ بغير حق ، وهو مذهب الجمهور كما حكاه النووى والحافظ في الفتح ، بل قال بعض العلماء : إن المقاتلة واجبة، لأن النبى – صلى الله عليه وسلم – أمر بمقاتلة الصائل [٣]، وإذا كان ذلك في حق المدافع عن النفس أو العرض أو المال ، فإن مما يدل على حق المدافع عن غيره ، ما رواه البخارى وغيره أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال : " أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً ،قالوا :يا رسول الله : ننصره مظلوماً ، فكيف ننصره ظالماً؟، قال : تأخذون فوق يدية [٤]"، وما رواه الإمام أحمد أن النبى– صلى الله عليه وسلم – قال: "من أذل عنده مؤمن وهو يقدر على أن ينصره أذله الله – عز وجل – على رؤوس الخلائق يوم القيامة[٥].

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي – جـ ١١ – ص ١٥٩ وما بعدها ، سبل السلام للصنعاني – جـ ٣ – ص ٢٦٢ .

(٢) سبل السلام – السابق .

(٣) نيل الأوطار – للشوكانى – جـ ٥ – ص ٣٤٦ .

(٤) فتح البارى – جـ ٥ – ص ٩٨ .

(٥) نيل الأوطار – السابق .

خامساً : انتفاء الشبهة الدارئة للحد :

يجب أن تنتفى بحق الجاني الشبهة الدارئة للعقوبة ، وإلا فإنه إذا وجدت الشبهة بحقه ، فإنه لا يعاقب ، وذلك لقول النبى – صلى الله عليه وسلم – : " ادرءوا الحدود بالشبهات [1] " ، وعن عائشة – رضى الله عنها – قالت : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فلأن يخطئ الإمام في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة [2] " .

معنى الشبهة وأنواعها :

والشبهة : هي ما يشبه الثابت وليس بثابت [3] " ومعنى التعريف:أن يكون سبب الحد مصاحباً لأمر يمنعه يشبه الثابت ، أو يكون ثبوت الحد معه أمر آخر يمنع ثبوته يشبه الثابت في الصورة ، وذلك كأن يعقد رجل على امرأة محرمة عليه ، فكون هذه معقود عليها يجعلها كمن عقدعليها عقداً شرعياً ، وهذا يمنع من تنفيذ العقوبة ، فصورة الزواج تشبه الثابت ، وهو عقد الزواج المفيد لحل العشرة مع أنه ليس بثابت[4]، وهي أنواع :

(١) شبهة الركن :

والركن هو ما يقوم به الشيىء ، فإذا قامت به الشبهة انتفى الركن بيقين، وإذا انتفى الركن انتفى مايقوم به وهو هنا الجريمة ، وذلك مثل الزواج

---

(١) فتح البارى – جـ ٩ – ص ١٧٣ ، مغنى المحتاج – جـ ٤ – ص ١٤٥ ، والمحلى لابن حزم – جـ ١١ – ص ٢٥٠ .

(٢) رواه الترمذى ، وقد روى عن غير واحد من الصحابة أنهم صححوا وقفه ، راجع : نيل الأوطار للشوكانى – جـ ٧ – ص ١١٨ .

(٣) د. محمد أنيس عبادة – السابق – ص ١٦٠ .

(٤) المرجع نفسه .

مـــن غـــير شـــهود ، فإن الدخول فيه يعد زنا ، لكن دخول الشبهة في الركن اعترت تحققه بوجود دليل مرجوح يثبت أن الفعل ليس بزنا ، وذلك على مذهب الأئمـــة الذيـــن يشترطون الشهادة في الزواج ، ولا يتقيدون في وجود الشهرة بالشهادة فتحصل الشهرة بالإعلان .

(٢) شبهة العقد :

وهـــو مجموع الإيجاب والقبول سواء أفاد حل استمتاع الرجل بالمرأة أم لا[١]، فـــإذا وقـــع حصل العقد على غير أركانه وشروطه ، فإنه يكون باطلاً لا يـــؤدى إلـــى الحـــل ، لكـــنه يورث شبهة تدرأ الحد ، وذلك كما في العقد على المحارم ، ووطء المستأجرة بالعقد ، ووطء المعتدة بالعقد .

(٣) شبهة الفعل :

وهي اشتباه الحل والحرمة على الفاعل ، ولا دليل في السمع يفيد الحل ، بل يظن غير الدليل دليلاً [٢]، ومثالها : أن يقع شخص على امرأة يظنها زوجته لقريـــنة كوجودها على فراش الزوجية ونحوه، ويقال له : هذه زوجتك ، وهذه الشبهة يسميها الحنفية شبهة اشتباه[٣]، وكذلك وطء الزوج مطلقته ثلاثاً ، فقد قضـــى عمـــر بن الخطاب في رجل طلق امرأته ثلاثاً ثم أصابها وأنكر أن يكون طلقها ، وشهد عليه بطلاقها ، أن يفرق بينهما وليس عليه رجم ولا عقوبة[٤].

(٤) شبهة الدليل :

وهي أن يظن الجاني أن الدليل يفيد الفعل وهو لايفيده ، وذلك مثل سرقة الوالد من ولده ، فهى سرقة مال مملوك للغير ، لكن وجد دليل يفيد شبهة ملك

---

(١) فتح القدير – جـ ٢ – ص ٣٤١ .

(٢) المرجع نفسه – جـ ٤ – ص ١٤٠ ، وحاشية ابن عابدين – جـ ٤ – ص ٢١ .

(٣) حاشية ابن عابدين – السابق .

(٤) كنز العمال – جـ ٣ – ص ٩٥ ، مصنف عبد الرزاق – جـ ٧ – ص ٢٤٠ .

السارق في المال ، وهو حديث النبى – صلى الله عليه وسلم – : " أنت ومالك لأبيك [(١)]" ، حيث يفيد هذا الحديث أن مال الولد لأبيه ، وإذا أخذ منه يكون أخذاً من ماله لا سرقة ، فأورث هذا شبهة تدرأ حد السرقة عن الوالد .

(٥) شبهة الملك :

ومـــثل ذلك السرقة من بيت المال ، فهى أخذ مال ليس مملوكاً للسارق ، وللسارق شبهة ملك لهذا المال باعتبار أنه مملوك للأمة كلها وهو من الأمة ، فيكون له نوع ملك عليه ، ومن ثم فلا يخلص الملك فيه للمسروق منه ، وهذا يمثل شبهة تدرأ الحد .

(٦) شبهة الحق :

وشـــبهة الحـــق تؤدى إلى شبهة في الملك ، مثل سرقة الزوج من مال زوجـــته ، وســـرقة الزوجة من مال زوجها ، حيث لا تعتبر سرقة حقيقية فلا تقطع فيها يد أحد منهما لقيام شركة الأسرة واختلاط المنافع والمشاركة التامة في الحقوق [(٢)].

(٧) شبهة الجهل :

والجهل نوعان : جهل بالحكم ، وجهل بالواقعة الموجبة للتحريم .

(أ) والجهـــل بالحكم لا يعد شبهة ما دام الإنسان في دار الإسلام، لكنه إذا كان حديث عهد بالإسلام ، أو كان يقيم في مكان انقطع فيه عن أماكن العلم بالحقائق الإسلامية فهؤلاء يعذرون بجهلهم الحكم ، ويعتبر الجهل بالحكم شبهة تمـــنع إقامة الحد عليه وفي غير هاتين الحالتين لا يعد الجهل شبهة ولا يعذر أحد بها .

---

(١) رواه الطبـــراني وابن ماجة ، راجـــع : شرح مختصر الجامع الصغير – جـــ ١ – ص ١٨٦ .

(٢) د. محمد أنيس عبادة – السابق – ص ١٩١ .

(ب) وأمـــا الجهل بالواقعة المحرمة فمثاله من تزوج امرأة من محارمه وهـــو لا يعلـــم ، كمـــن يعقد على أخته من الرضاع ويدخل بها ، ثم تتبين له الحقيقة ، فذلك جهل يعتبر شبهة مانعة من تنفيذ الحد عليه[1].

وضابط ما يعتبر من الجهل شبهة وما لا يعتبر : أنه إذا كان الاعتداء في موضع يظن الجهل فيه ، يكون شبهة تمنع من إقامة الحد عليه ، وإذا كان في موضع لا يظن الجهل فيه ، فإنه لا يعذر بجهله ، كمن يدعى أن مال أي انسان غيره له فيه حق بحيث ينكر مبدأ السرقة منه ، فذلك مما لا يلتفت له ولا يعتبر الجهل عذراً ، فيقام عليه الحد إذا ارتكب جريمة السرقة [2].

(٨) شبهة الإثبات :

هي تلك التى تعترى الاثبات وتشمل جملة أنواع هي : [3]

(أ) شبهة الأداء :

ويشترط لاستحقاق العقوبة أن تكون الألفاظ الصادرة من المقر قاطعة في الدلالة على الجناية ، فإذا لم تكن قاطعة في الدلالة على الجناية فلا يجب الحد ، ولا يســع فـــيها أن يكـــون أداء الألفاظ محتملاً لعدم الجريمة ، وقد حتم بعض الفقهـــاء أن يقـــول الشاهد على الزنا : أنى رأيت فلاناً يزنى ، ولو قال رأيته يجامع لا يلتفت إلى شهادته ، وأن يصف الشاهد الجريمة وصفاً دقيقاً فيقول في الـــزنا : رأينا ذكره في فرجها كالمرود في المكحلة ، وكالرشا في البئر وأن لا يوجد ما ينافي القطع من الوقائع والاقوال التى تشكك في صحة الشهادة .

---

(١) المرجع نفسه – ص ١٩٣ .

(٢) المرجع نفسه – ص ١٩٤ .

(٣) د. محمد أنيس عباده – السابق – ص ١٩٤ وما بعدها .

(ب) فورية الأداء في الشهادة :

يجب أن تؤدى الشهادة فور ارتكاب الجريمة ، فلايتراخى الزمن بين تحمل الشهادة بالمعاينة وبين الأداء ، فإذا حدث التراخي فإنه يعد شبهة تدرأ الحد .

(ج) الإصرار على الشهادة :

ومعناه أن يستمر الشهود مصرين على شهادتهم التى أدوها إلى وقت تنفيذ الحكم فإذا رجعوا عن شهادتهم ، يكون ذلك الرجوع شبهة في الاثبات تدرأ الحد .

(٩) شبهة تطبيق النص :

يجب أن يكون تطبيق النص الوارد في الجناية على الموضوع الذى تقام فيه العقوبة قاطعاً من غير شبهة ، على نحو يحقق معنى النص ، ومقصد الشارع تحققاً كاملاً لا شبهة فيه ، ذلك أن النصوص الشرعية صادرة باللغة العربية ، وهي لغة واسعة غنية بمعاني الألفاظ التى تحمل أكثر من المعنى الحقيقى إلى المعنى المجازي ، كما أن في اللغة ألفاظاً مشتركة موضوعة لأكثر من معنى ، وعلى هذا وقع الخلاف بين الفقهاء في وجوب حد القذف بالتعريض، كأن يقول رجل لآخر : ما أنا بسارق ، أو أن أمى لم تحمل بي من الزنا ، وذلك للاحتمال الذى يتلبس به النص ، وهذا يورث شبهة تدرأ الحد [1].

وبعد ، فقد كان ذلك سرداً موجزاً لأنواع الشبهة الدارئة للحد ، وهي بتعددها تدل على مقصود الشارع في التقليل من توقيع العقاب على الجاني ، ودرء الحد عنه ما أمكن ، كما تدل على أن العقوبات ما شرعت للانتقام والتشفى ، ولكنها شرعت للإصلاح والتقويم ، وذلك ما أراده الرحمن الرحيم .

---

(١) المرجع نفسه – ص ١٩٨ .

المقصد الثاني
الجانب الإجرائي في الجزاءات

وهناك جملة من الإجراءات العقابية التى تكون في مجملها المبادئ التى يجب اتباعها في مرحلتى المحاكمة والعقاب بحيث إذا انتفى أحد تلك الإجراءات يمتنع التنفيذ مراعاة للاعتبارات التى تقررت من أجلها ، ونمكن إيجازها فيما يلى :

(أ) طلب المجنى عليه :

يتوقف الترافع إلى الحاكم في الجرائم التى تنطوى على إهدار حق لعبد ، أو تقوم على التشفى الذى يوغر صدور ورثة المجنى عليه، ويتطاير إليهم شرر ما أصابه من أذى ، على طلب منهم لمحاكمته ، فإذا لم يتقدموا بالطلب لا تتحرك دعوى المحاكمة ، وذلك في القصاص والقذف والسرقة ، فإذا عفا أولياء الدم أو أحدهم عن القصاص ، لا يوقع ، وينتقل الأمر إلى الدية ، وفي حد القذف والسرقة إذا عفا المجنى عليهم قبل الترافع إلى الحاكم يقبل العفو ويمتنع الحد ، فإذا رفعت الحدود إلى السلطان لا تجوز الشفاعة ، كما يجوز العفو بعد رفع الدعوى ، وقبل إثباتها لأن الخصومة قبله كعدمها .

أما الحدود التى تمثل حقا لله تعالى ، فإنها لا تحتاج إلى طلب من الناس، ولا تقبل العفو ، وذلك كالزنا والحرابة والشرب والردة ، لأن العفو فيها تحريض على الجريمة ، ويؤدى إلى الشر والفساد(١).

ولا يقبل العفو من ولى الدم فى حال قتل مورثه في جريمة الحرابة لاعتبارات الردع العام ، وذلك لما رواه ابن المنذر أن عمر بن الخطاب قال :

---

(١) د. محمد أنيس عبادة – فقه الكتاب والسنة – فقه الجنايات – ص ١٤٧ – دار الطباعة المحمدية سنة ١٩٨٧م .

السلطان ولى من حارب الدين ، وإن قتل أباه وأخاه فليس إلى طالب الدم من أمر من حارب الدين وسعى في الأرض فساداً[1].

(ب) قبول الرجوع في الإقرار بجريمة الزنا :

إذا أقر الجاني بجريمة الزنا ثم رجع في إقراره قبل ذلك منه في أي حال يكون عليه الدعوى ، بل حتى إذا حكم عليه وأثناء توقيع العقوبة ، فقد روى أن ماعزاً فر من آلام الحجارة فتتبعوه وأمسكوا به، وتم الرجم ، فلما أخبروا النبى – صلى الله عليه وسلم – بشأنه قال : هلا تركتموه ليتوب فيتوب الله عليه [2]" .

(ج) قطع الأعذار قبل الجريمة :

إذا كان للجاني عذر في ارتكاب الجريمة فإنه لا يعاقب بها ، ولهذا لم يقم عمر بن الخطاب حد السرقة على غلمان حاطب بن أبى بلتعة بسبب سرقتهم ناقة المزني ، وقال:لولا أنى أعلم أنكم تستخدمونهم وتجيعونهم لأقمت عليهم الحد ، وقضى على حاطب بضعف ثمن الناقة تعزيراً وتعويضاً لصاحبها [3]، لأن الجوع هو الذى دفعهم للسرقة وسببه التهاون في شأنهم وإهمالهم ، وهذا أمر يتحمله من تسبب في إقدامهم على السرقة ، كما أنه لم يقم حد السرقة عام المجاعة [4]، وهذا دليل على أن الشارع يرحم المضطر ، وقد روى البيهقى عن سعيد بن عبد الله السلمي أبى عبد الرحمن : أن امرأة استسقت راعياً، فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ، ففعلت ، فرفع ذلك إلى عمر – رضى

---

(١) المحلى – جـ ١١ – ص ٣١٠ .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني – جـ ٧ – ص ١١٥ .

(٣) المغنى لابن قدامه – جـ ٩ – ص ١١٥ ، إعلام الموقعين – جـ ٣ – ص ١٤ ، المحلى لابن حزم – جـ ١١ – ص ٣٢٤ وما بعدها – مصنف عبد الرزاق– جـ ١٠– ص ٢٣٨ .

(٤) مصنف عبد الرزاق – السابق – ص ٢٤٢ .

الله عنه – فقال لعلى : ما ترى فيها : قال : إنها مضطرة ، فأعطاها عمر شيئاً وتركها [1]" ، وفي كنز العمال : أن عبد الرزاق روى عن عروة وعطاء : أن رفقة من أهل اليمن نزلوا الحرة ومعهم امرأة ، وهي ثيب فتركوها ببعض الحرة حتى بذلت نفسها ، فبلغ عمر خبرها ، فأرسل إليها فسألها : فقالت : كنت امرأة مسكينة لا يعطف على أحد بشيىء ، فما وجدت إلا نفسى ، فسأل رفقتها ، فصدقوها ، فجلدها ثم كساها وحملها ، وقال : اذهبوا بها ولا تذكروا ما فعلت [2].

(د) وقف تنفيذ العقوبة في الحروب :

وفي حالة الحرب يوقف تنفيذ العقوبات ، فقد روى بشر بن أرطأة أنه قال : وجد النبى – صلى الله عليه وسلم – رجلاً يسرق في الغزو فلم يقم عليه حد السرقة [3]، وجلده تعزيراً له ، ونص الإمام أحمد والأوزاعي على أن الحدود لا تقام في أرض العدو ، كما كتب عمر إلى الناس : ألا لا يجلدن أمير جيش ولا ولى سرية ولارجل من المسلمين حداً ، وهو غاز ، وذلك لئلا تلحق المحدود حمية الشيطان فيلحق بالكفار [4]، ولأن المذنب يستطيع ملاقاة العدو فيؤدى دوره في النصر ، وهو أهم من إقامة الحد عليه ، ولحاجة الجيش إلى تضامن المجاهدين ، والتعاون على العدو لهزيمته [5].

وقد تتهيأ له ظروف يكفر فيها عن ذنبه فلا يحرم من ذلك ، كما أن العقوبة قد تؤدى إلى مفسدة شديدة لا يتدارك أمرها ، ذلك أن المذنب قد تأخذه

---

(١) سنن البيهقى – جـ ٨ – ص ٢٣٦ .

(٢) كنز العمال – جـ ٣ – ص ٨٧ .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني – جـ ٧ – ص ١٥٥ .

(٤) المغنى لابن قدامه – جـ ٩ – ص ٢٩٩ ، إعلام الموقعين – جـ ٣ – ص ٨ .

(٥) د. أنيس عباده – السابق – ص ١٥٩ .

العقوبة بالغضب ويذهب إلى العدو منضماً إليه فيخسر الجيش مجاهداً ، ويكسب العدو جنديا من صفوفنا [١].

(هـ) تلقين الجاني الرجوع عن إقراره :

يجب تمحيص إقرار الجاني على نفسه ، وتلقينه الرجوع ، وذلك كما فعل النبى – صلى الله عليه وسلم – مع ماعز حيث لقنه ألفاظاً تدل على صرف عبارته في الإقرار على نفسه عن الجريمة المعاقب عليها، فقال له : لعلك لمست ، لعلك قبلت [٢]، ليقول : نعم ، فيندفع عنه الحد لعدم دلالة اللمس أو التقبيل على الفاحشة ، وفي جريمة السرقة قال للص قد اعترف بالسرقة ولم يكن معه متاع : ما أخالك سرقت ؟ ، فقال : بلى مرتين أو ثلاثاً [٣].

وفي تلقين المقر للرجوع عن إقراره سبق تشريعي يضع الإقرار في وزنه الصحيح باعتبار أنه مضاد للطبيعة البشرية التى لا يتفق معها أن تقر على نفسها بما يؤذيها أو يغرمها ، ولذلك كانت دلالته على صاحبه محتملة ، وهذا خلاف المشهور عنه بأنه سيد الأدلة، وقد تنبه الفقه الوضعى إلى ذلك مؤخراً فبدأ ينظر إلى الاقرار نظرة تقوم على الاحتمال وليس على أنه دليل محقق يفيد إسناد ما حصل به الإقرار على المقر .

ويترتب على جواز تلقين المقر الرجوع : أنه إذا ستر على نفسه لا يقام عليه الحد ، فقد روى أن عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – قال : " إنما جعل الله أربعة شهداء ستراً ستركم به دون فواحشكم ، فلا يطلعن ستر الله

---

(١) المرجع نفسه – ص ١٦٠ .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني – السابق – ص ١١١ وما بعدها .

(٣) المرجع نفسه – ص ١٥٠ .

أحد، ألا وإن الله لو شاء لجعله واحداً صادقاً أو كاذباً[1]" ، وروى أنه قال لأبى يسر كعب بن عمر لما اعترف على نفسه بأنه عالج امرأة في أقصى المدينة ، فأصاب منها ما دون أن يمسها : لقد ستر الله عليك لو سترت على نفسك [2]، وقال للأسلمى الذى اعترف عنده بالزنا : تب إلى الله واستتر بستر الله [3]، ونهى شر حبيل أن يدعو الناس ليعترفوا بما ارتكبوه من الحدود ، وقال له : أتأمر الناس أن يهتكوا ستر الله الذى سترهم به [4].

وروى البيهقى وغيره ، أن عمر بن الخطاب قال : أطردوا المعترفين بالحدود ، قال الكاساني : يعنى المعترفين بالزنا [5].

(و) بطلان الإقرار إذا جاء وليد الإكراه :

ويبطل إقرار المقر إذا جاء وليد إكراه مادى أو أدبي ، وفي هذا يقول عمر – رضى الله عنه – : " ليس الرجل بأمين على نفسه إن أجعته أو أخفته، أو حبسته [6]" .

(ز) سلامة الإجراءات ومشروعيتها :

إذا تم الوصول إلى الجريمة بطريق غير مشروع ، فلا عقاب على الجاني، فقد روى أن عمر – رضى الله عنه – سمع صوت رجل وامرأة في بيت ، فتسور الحائط ، فإذا رجل وامرأة وعندهما زق خمر، فقال يا عدو الله ، أكنت ترى أن تشرك الله ، وأنت على معصيته ؟ ، فقال الرجل يا أمير

---

(١) مصنف عبد الرزاق – جـ ٧ – ص ٣٧٥ ، سنن البيهقى – جـ ٨ – ص ٣٣٠ ، كنز العمال – جـ ٣ – ص ٨٦ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى – جـ ١١ – ص ١٩٩ ، ٢٠٣ .

(٣) الأم للإمام الشافعي – جـ ٦ – ص ١٢٤ ، والمحلى – جـ ١١ – ص ١٣٨ .

(٤) كنز العمال – جـ ٣ – ص ١٢١ .

(٥) بدائع الصنائع – جـ ٧ – ص ٥١ – وسنن البيهقى – جـ ٨ – ص ٢٧٢ .

(٦) كنز العمال – جـ ٣ – ص ١١٥ – والخراج – ص ٢٠٩ .

المؤمنين: أنا عصيت الله في واحدة ، وأنت في ثلاث ، قال الله تعالى : " وأتوا البيوت من أبوابها " ، وأنت تسلقت الجدار ونزلت ، والله يقول : " لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها " ، وأنت لم تفعل ذلك ، وقال : " ولا تجسسوا " ، وأنت تجسست علينا ، فقال : هل عندك من خير إن عفوت عنك ؟ ، قال : نعم ، والله لا أعود ، فقال عمر : أذهب قد عفوت عنك[1]. فلم يشأ عمر أن يعاقب على جريمة نما علمها إليه بطريق يخالف ما أمر الله به .

(ح) عدم جواز قضاء الحاكم في الحدود بعلمه :

ولا يجوز أن يقضى القاضى بعلمه في الحدود ، فقد رأى بنفسه رجلاً وامرأة على فاحشة ، فاستشار أصحابه ، وقال لهم ما كنتم فاعلين ، فقالوا : إنما أنت إمام ، فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ ، قال: يأتى أمير المؤمنين بأربعة يشهدون على ما قال ، وإلا حد أمير المؤمنين حد القذف ، فقال عمر : على ، إن عمر لم ير شيئاً .

(ط) أن تتم الشهادة في الزنا بأربعة شهود :

يجب أن يتوافر في الشهادة بالزنا أربعة من الشهود الذكور العدول ، لقو له تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة [2]" ، ويجب أن تتفق شهادتهم فى الألفاظ ، فإن اختلفت ترد ، ويكونوا قاذفين ، وقد روى أن أربعة جاءوا إلى عمر يشهدون على رجل وامرأة بالزنا ، فشهد ثلاثة منهم أنهم رأوه كالميل في المكحلة ، ولم يشهد الرابع بمثل ذلك ، فقال له عمر : إن شهد الرابع على مثل ما شهد الثلاثة فأقم عليهما الحد ، وإن لم يشهد إلا بما كتبت إلى فاجلد الثلاثة وخل سبيل الرجل

---

(١) كنز العمال – جـ ٢ – ص ١٦٧ – وإحياء علوم الدين للغزالى– جـ ١ – ص ١٣٧

(٢) سورة النور – من الآية ٤ .

والمـرأة [1]، ويجـب أن تكون الشهادة معاصرة للجريمة ، فإن تقادمت فإنها تـرد ، فقد روى ابن حزم وغيره ، أن عمر بن الخطاب قال : : من شهد على رجـل بحـد لم يشهد به حين أصابه ، فإنما يشهد على ضغن [2]، أي حركته الضـغينة ، وأن لا يكون الشاهد خصماً ولا متهما ، ولا يجوز شهادة الصغير والعـبد والكافـر والمرأة في الحدود ، حتى لا تجوز شهادة النساء في الطلاق والنكاح والحدود والدماء [3].

وقد روى أنه – صلى الله عليه وسلم – قال : " لا تقبل شهادة خائن ولا خائـنة ، ولا ذى غمـر علـى أخيه [4]" ، وقال : " لا تقبل شهادة خصم على خصـمه ولا شهادة القانع لأهل البيت [5]" ، لكن يشترط في العداوة القادحة في الشهادة شرطان :

الأول : أن تكـون العـداوة دنـيوية لا دينـية ، وهذا ما ذهب إليه أبو حنـيفة[6]، لأن العـداوة الدينـية لا تحمـل صاحبها على الظلم ، فلا ترد بها الشـهادة، لأنه يبعد أن يكون الشخص ينهى عن بدعة ، أو يأمر بمعروف ، ثم يرتكب شهادات الزور .

وخـالف جمهـور الأئمة في ذلك ، فقالوا : يستوى أن تكون العداوة في الدين أو الدنيا ، لعموم دلالة قوله – صلى الله عليه وسلم – : " لا تقبل شهادة

---

(1) أحكام القرآن للجصاص – جـ ٣ – ص ٢٨٢ .

(2) فـتح القدير – جـ ٤ – ص ١٦٢ ، المغنى لابن قدامه – جـ ٩ – ص ٤٨ ، مصنف عبد الرازق – جـ ٧ – ص ٤٣٢ .

(3) مصنف عبد الرازق – جـ ٨ – ص ٣٣٠ .

(4) نيل الأوطار للشوكاني – جـ ٨ – ص ٣٠٣ ، والغمر هو الحقد والشحناء .

(5) المرجع نفسه – ص ٣٢٧ ، والقانع هو الخادم المنقطع لخدمة البيت .

(6) المبسوط للسرخسى – جـ ١٦ – ص ١٢٣ ، تبيين الحقائق للزيلعى – جـ ٤ – ص ١٢١ .

خصم على خصمه " ، ولعموم دلالة ما رواه الإمام مالك عن عمر – رضى الله عنه – أنه قال : " لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ، أى متهم [1].

الثانـــي : أن تكون العداوة قديمة قبل الشهادة ، وليست حادثة خلالها حيـــث يشترط أن لا تكون العداوة مبتدأة من المشهود عليه حال الشهادة ، كأن يقذف الشهود وقت الشهادة أو يعتدى عليهم بالضرب والأذى [2].

(ي) عرض الصلح قبل فصل النزاع :

يجـــب علـــى القاضى أن يعرض الصلح على الخصوم في الدعاوي التى تـــتوقف علـــى طلـــب منهم ، وذلك لأن الخروج من الخصومة بالإصلاح بين الخصـــوم أولى ، فإن فصل القضاء يورث الضغائن ، لما رواه ابن حزم وغيره أن عمـــر بن الخطاب قال : ردوا الخصوم حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث الضغائن [3].

(ك) اختصاص القاضى بالفصل في الدعوى :

يجـــب ان يكـــون القاضـــى مختصاً بنظر الدعوى ، فالدماء يقضى فيها الأمراء ، أي كبار التخصص ، وقد روى عن عمر – رضى الله عنه – أنه قال: " أما الدماء فيقضى فيها عمر [4]" ، وقد روى أنه – رضى الله عنه – كتب إلى أمـــراء الأجـــناد : " لا تقـــتلوا نفساً دونى [5]" ، فقد قصر – رضى الله عنه – الدمـــاء علـــى نفسه مبالغة في الاحتياط ، وهو يدل على جواز تخصيص ولى الأمر القضاء بنوع من الدعاوي ، وفي هذا يقول ابن قدامه : ولولى الامر أن

(١) شرح الزرقانى –جـ ٣ – ص ٣٨٨ .

(٢) كشاف القناع – جـ ٦ – ص ٣٥٠ .

(٣) المحلى لابن حزم – جـ ٩ – ص ٤٢٣ .

(٤) مصنف ابن أبى شيبه – جـ ٢ – ص ١٢١ .

(٥) ابن أبي شيبة – السابق – والخراج – ص ١٨٣ ، والأجناد هم أفراد الجيش .

يخصــص القاضى بنوع من الدعاوى كالمداينات والأنكحة ، ومقدار من المال كالمائة فما دونها وبالمكان ، كان يوليه الفصل في ناحية من البلد [1].

(ل) صدور الحكم بعد المداولة :

ويجـب أن يصـدر الحكـم بعد مداولة ومشاورة من القاضى فيما يشكل عليه، فقد روى أن عمر – رضى الله عنه – كان يشاور أصحابه قبل أن يفصل فـي النزاع [2]، وقد روى أن عثمان بن عفان قال لابن عمر : إن أباك قد كان يقضـى وهـو خير منك ، قال : إن أبى كان يقضى وإن أشكل عليه أمر سأل عنه[3].

(م) تأجـيل تنفـيذ العقوبـة بسـبب بعض الأعذار كالحمل والنفاس والرضاع والمرض :

وقـد يتأجل تنفيذ العقوبة ، وذلك بأسباب منها اللجوء للحرم ، وذلك لأن الله جعله حرماً آمناً ، فهو مكان أمن وسلام ، ويكون اللاجئ إليه لائذاً بحمايته فـلا يخيب قصده حتى ولو كان آثماً ، كما يتأجل الحد على الحامل والمرضع ، كمـا حدث مع الغامدية حين اقرت بالزنا ، وكانت حاملاً ، فلما وضعت حملها جاءت لإقامة الحد عليها ، فأمهلها النبى – صلى الله عليه وسلم – حتى تضع حملها ، فلما جاءت به وفي يده كسرة من خبز أقام عليها الحد [4]، وكذلك إذا كانت المرأة في نفاس[5]، أو كان الرجل مريضاً مرضاً يرجى برؤه [6].

---

(١) المغنى – جـ ٩ – ص ١٠٥ .

(٢) مصنف عبد الرزاق – جـ ٩ – ص ٢٤٠ .

(٣) المغنى لابن قدامه – جـ ٩ – ص ١٨٦ .

(٤) نيل الأوطار للشوكاني – السابق – ص ١٢٥ ، وما بعدها ، فتح البارى – جـ ١٢ – ص ١٤٦ ، مصنف عبد الرزاق – جـ ٧ – ص ٣٥٤ .

(٥) نيل الأوطار – السابق – ص ١٢٦ ، المغنى لابن قدامة – جـ ٩ – ص ١٨ .

(٦) نيل الأوطار – السابق – ص ١٢٩ .

وعلـــى هـــدى تلك المبادئ تتحدد الفكرة المتكاملة للجانب الإجرائي في العقـــاب ، وهـــي تمـــثل درجة من الرقي في حماية الحريات العامة في حالتى الاتهـــام والعقاب ، لم تبلغها التشريعات المعاصرة ، وهي إذا كانت تتفق معها فـــي كثـــير مـــن المـــبادئ الـــتى ينطوي عليها الجانب الإجرائي في التشريع الإسلامي، إلا أنه يبقى فضل السبق في تقرير تلك المبادئ له ، وليكون في ذلك ما يضيف جديداً يؤكد خلوده وصلاحيته لكل زمان ومكان وإلى يوم الدين .

الفصل الثانـي

فروع القانون الخاص

في التشريعين الإسلامي والوضعى

القانون الخاص : هو ذلك الفرع من القانون الذى يتولى تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم سواء أكانت هذه العلاقات، علاقات أسرية أم علاقات مالية ، ويعتبر القانون المدنى أهم فروع ذلك القانون ، لأنه هو الأصل الذى تفرعت عنه سائر الفروع .

ففى الأصل ، كانت علاقات جميع الأفراد تخضع لقانون واحد، هو القانون المدنى ، ثم أظهر الواقع أن بعض المعاملات المالية ، وهى المتعلقة بالمجال التجارى على وجه الخصوص تحتاج إلى الانفراد بقانون ينظم شئونها، يأخذ فى اعتباره طبيعة تلك المعاملات والوسط الذى تتم فيه ، فظهر القانون التجارى والبحرى واستقل عن القانون المدنى ، ومن ثم تفرع القانون الخاص إلى قسمين هما : القانون المدنى ، والقانون التجارى .

وأما القواعد التى تنظم الحقوق الخاصة عن طريق اللجوء للقضاء ، أو ما يعرف بالقواعد الإجرائية والشكلية ، فقد استقل بها قانون المرافعات المدنية والتجارية، ولما كثرت العلاقات واتسع نطاق أطرافها ودخل فيها العنصر الأجنبى ، كان لابد من وضع القواعد التى تبين القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقات ذات العنصر الأجنبى، فظهر القانون الدولى الخاص ، ومن ثم تفرع القانونُ الخاص ، إلى القانون المدنى، والقانون التجارى ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية، والقانون الدولى الخاص ، وسوف نبين تلك الفروع على أن نخصص لكل منها مبحثاً .

المبحث الأول

القانون المدني ونظام المعاملات

المطلب الأول

القانون المدني

يعتـبر القانون المدنى هو أساس القانون الخاص ، ويمكن تعريفه بأنه : مجموعـة القواعـد القانونـية التى تنظم للعلاقات المالية والأحوال الشخصية للأفـراد ، إلا أن القـانون المدنى المصرى لا ينظم سوى العلاقات المالية التى تنشأ بين الأفراد ، تاركاً مسائل الأحوال الشخصية للدين، حيث تحكمها الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين ، وأحكام الشرائع الملية بالنسبة لغير المسلمين .

والقـانون المدنـى هـو الشريعة العامة فى ميدان القانون الخاص فهو القانون الذى يجب تطبيقه على جميع العلاقات إذا لم يرد نص ينظمها فى فرع آخر من فروع القانون ، أى أنه الشريعة العامة التى يجب تطبيقها إذا لم يوجد نص خاص يتولى تنظيم المسألة فى فروع القانون المختلفة ، ولذا يمكن القول إن القـانون المدنى يشمل القواعد الموضوعية التى تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد فى المجتمع إلا ما يتكفل بتنظيمه فرع آخر من فروع القانون(١).

الموضوعات التى ينظمها القانون المدنى :

ينظم القانون المدنى نوعين من العلاقات هما: العلاقات المالية والعلاقات الأسرية المتعلقة بالأحوال الشخصية .

---

(١) د. جمال الدين العاقل – ص ٥٩.

أولاً : العلاقات المالية :

أما العلاقات المالية ويطلق عليها اصطلاح الأحوال العينية أو المعاملات المالـــية ، فإنها تشمل كل ما يتعلق بنشاط الأفراد من الناحية المالية والقواعد التى تنظم الروابط المالية بين الأفراد وتشمل نوعين من الحقوق هما :

(١) الحقـــوق الشخصية : وهـــى عبارة عن العلاقات التى تنشأ بين الأفراد والتى يترتب عليها حقوق مالية لبعضهم تجاه البعض الآخر بحيث يكون أحدهم دائناً والآخر مديناً ، وتعرف بأنها علاقة بين طرفين أحدهما دائن والثانى مدين بمقتضـــاها يلـــتزم المدين فى مواجهة الدائن بأن يؤدى شيئاً أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل .

(٢) الحقـــوق العينـــية : وهى عبارة عن سلطة يباشرها شخص على شيئ معيـــن تمكـــنه من استعماله واستغلاله والتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات كحق الملكية وحقوق الارتفاق فالعلاقات المالية يدخل فيها تعريف المال وتحديد الحقـــوق المالية المتباينة وطرق كسب هذه الحقوق ، وانتقالها ، وانقضائها ، وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالمعاملات[١].

ثانياً : العلاقات الأسرية :

أمـــا بالنسبة للعلاقات الأسرية : فهى روابط الأحوال الشخصية التى تنشـــأ بيـــن الفـــرد وغيره من بنى جنسه باعتباره فرداً فى أسرة ، فهى تضم المســـائل المـــتعلقة بالأهلـــية والـــزواج والطلاق والميراث والوصية والنسب والقرابة وغير ذلك من المسائل التى تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية .

---

(١) المرجع نفسه – ص ٦٠.

ويلاحـــظ أن روابـــط الأحوال الشخصية لم ينظمها القانون المدنى وترك تنظيمها للقواعد الدينية التى تختلف باختلاف الأديان ، ومع ذلك فقد نظم بعض المسائل المتصلة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والهبة .

ونظـــراً لاعتـــبارات تاريخية واجتماعية اقتصر القانون المدنى المصرى علـــى تنظيم الأحوال العينية دون الأحوال الشخصية وإن كان الآن يسير بخطى وئيدة فنظم بعض مسائل الأحوال الشخصية كما ألفنا وقد ترك المشرع المصرى تنظـــيم مســـائل الأحوال الشخصية لقواعد الشريعة الإسلامية والقواعد الملية المختلفة مراعاة منه للصلة الوثيقة بين الدين وروابط الأحوال الشخصية(١).

وقـــد تـــم وضـــع أول مجموعة مدنية مصرية فى أواخر القرن الماضى فصدرت المجموعة المختلطة فى سنة ١٨٧٥، والمجموعة الأهلية المدنية سنة ١٨٨٣، ومعظـــم أحكـــام هاتيـــن المجموعتين قد اقتبست من القانون المدنى الفرنســـى وقـــد اقتصرت على تنظيم الأحوال العينية دون غيرها، وقد استمر تطبيق أحكام المجموعتين المشار إليهما حتى صدور القانون رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، الـــذى حل محله القانون المدنى المصرى الحالى الذى بدأ تطبيقه فى ١٥ أكـــتوبر ســـنة ١٩٤٩، بعـــد أن تم إلغاء المحاكم المختلطة وانتهاء فترة الانتقال .

وأصـــبح هـــذا القانون الجديد سارياً على الجميع دون تفريق بين وطنى وأجنبي .

والقـــانون المدني المصري الجديد يتكون من (١١٤٩) مادة وتم تبويبه تبويباً علمياً ، ويساير فى الوقت نفسه الناحية العلمية :

---

(١) المرجع نفسه، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٢، د. عبد الرازق فرج – ص ٢٩.

في الباب التمهيدى : عــالج مصادر القانون وتطبيق القانون من حيث الــزمان والمكان والشخصية الطبيعية والشخصية المعنوية وتقسيمات الأشياء والأموال .

ثم بعد ذلك ينقسم القانون المدنى إلى قسمين رئيسيين :

القسم الأول : بين فيه الالتزامات أو الحقوق الشخصية .

القسم الثانى : تكلم فيه عن الحقوق العينية الأصلية والتبعية .

والقانون المدنى الجديد يتسم بأنه تفادى أوجه النقص فى القانون القديم، ونظم بعض الموضوعات التى لم يعالجها القانون القديم كنظام المؤسسات وحوالة الدين وتصفية التركة وغير ذلك من المسائل .

وهذا القانون الجديد جاء متمشياً مع روح العصر ووقف موقفاً معتدلاً من المذاهب الاجتماعية ، ولكن هنالك كلمة حق يجب أن تقال وهى : أنه ينبغى تطويع أحكام هذا القانون لأحكام الشريعة الإسلامية لا سيمــا وأن الدستور ينص على أن الشريعة الإسلامية هى مصـــدر أساسى للقوانين(١).

المطلب الثاني

نظام المعاملات في التشريع الإسلامي

يتضمن التشريع الإسلامي نظاماً كاملاً ووافياً للمعاملات ، وذلك ابتداء من عقد البيع الذى يختص فيه باطلاقين أحدهما : مبادلة المال بالمال مطلقاً ، وثانيهما : مبادلة مال بمال على سبيل التراضى ، وهو البيع المخصوص الذى يبذل البائع فيه السلعة نظير ثمن محدد في العقد ، وبالمعنى الأول ، يطلق البيع

(١) د. جمــال الدين العاقل – ص ٦١، د. عبد المنعم البدراوى – السابق ، والمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى – جــ١ – ص ٦٢، وما بعدها – طبعة وزارة العدل.

ويراد به عقود المعاوضات ، وتسمى عقود المبادلات المالية ، وهي التى تحدث فيها المعاوضة والمبادلة بين المتعاقدين على ملكية كل منهما ما للآخر في حدود العقد على سبيل المبادلة ، سواء أكانت مبادلة مال بمال ، وهي تشمل البيع بجميع أنواعه بما في ذلك السلم والصرف والقرض ، والصلح عن إقرار، أم كانت المبادلة مبادلة مال بمنفعة ، وذلك كالإجارة والاستصناع والمزارعة والمساقاة والمضاربة ، أم كانت مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة ، وذلك كالزواج والخلع [1]، أم كانت مبادلة منفعة مال بمنفعة ، وذلك كقسمة المنافع أو ما يعرف بالمهايأة ، ومن ثم تشمل عقود المعاوضات والمبادلات كل ما فيه معاوضة بين طرفين ، وبجانب عقود المعاوضات المالية ، توجد أنواع أخرى من العقود نبينها فيما يلى :

(١) عقود التبرعات :

وهي العقود التى يكون التمليك فيها من غير مقابل ، إذ المتبرع لا يطلب عوضاً عما تبرع به ، وذلك كالهبة والصدقة والوقف والإعارة ، وإبراء الدائن للمدين مما عليه حتى لا يكون له حق في مطالبته به ، والقرض - أيضاً - من جهة أن المقرض متبرع بتمكين المقترض من الانتفاع بالقرض ، والمحاباة في عقود المعاوضات ، وكذلك الكفالة بأمر المكفول له ، فإن الكفيل متبرع بضمان الدين ، والحوالة إذا لم تكن بأمر المحيل ، كأن يكون لشخص على آخر مبلغ من المال ، فيأتى ثالث ويطلب من الدائن أن يأخذ الدين منه متبرعاً بما يدفع ، ولا يرجع على المدين به مادام ذلك لم يكن بأمره .

---

(١) جعـل الفقهـاء الزواج من عقود المعاوضات التى قوبل فيها المال بغير المال وبغير المنفعة ، فالمهر مال يدفـع فـي مقابل لسكون للمرأة والارتياح في كنفها ، وهذا ليس حقاً مالياً ، وليس منفعه بل هو نوع من الاختصـاص الذاتى ، ويراجع في هذا المعنى : د. محمد سلام مدكور - المدخل للفقه الإسلامي - ص ٥٨٨ وما بعدها ، حاشية (٦) ، الشيخ أحمد إبراهيم في توجيه له ، بمجلة القانون والاقتصاد - السنة الرابعة - العدد السادس - ص ٦٧٨ وما بعدها .

ومن عقود التبرعات ما هو تبرع في الابتداء ، ومعاوضة في الانتهاء ، كالهبة بشرط العوض خلافاً لزفر والشافعى ، وكالقرض والكفالة والحوالة بأمر المدين ، ولذا فإنه يندرج تحت عقود التبرعات، العقود التى كان التبرع فيها مقصوداً ابتداء وانتهاء ، أم كان التبرع ضمن عقد معاوضة ، أم كان التبرع في الابتداء وقد ينتهى الأمر إلى عقد معاوضة ، وعقود المعارضات والتبرعات إنما تفيد شيئاً واحداً وهو التمليك ، فإن عقود المعاوضة تنتج تمليك البدل ، وعقود التبرعات تنتج تمليك ما تم عليه التبرع ، ومن ثم يمكن جمع هاتين المجموعتين ضمن عقود التمليكات [١].

(٢) عقود الإسقاطات :

وقد سميت بذلك لما فيها من إسقاط الشخص حقه أو شيئاً منه ، وهذه قد تكون إسقاطات محضة ، كالطلاق المجرد وتسليم الشفعة ، والعفو عن القصاص من غير عوض عن الجاني ، وما شابه ذلك من إسقاط بدون مقابل ، وقد يكون في الإسقاط معنى التبرع كالإبراء من الدين والوقف .

(٣) عقود الإطلاقات :

وسميت بذلك لما فيها من إطلاق يد الشخص في شيىء كان ممنوعاً من التصرف فيه ، وذلك كعقد الإيصاء والإمارة والقضاء ، ومن هذا ؛ الإذن للصبى المميز بالتجارة ، وكذلك الطلاق والعتاق لأن المطلقة والرقيق قد أطلقت يدهما ، وأصبح كل منهما حراً فيما كان مقيداً فيه ، وإن كان من الممكن – في نفس الوقت – اعتبارهما من عقود الاسقاطات كما تقدم .

(٤) عقود التقييدات :

سميت بذلك لما فيها من تقييد الشخص لغيره ومنعه من تصرف كانت يده قد أطلقت فيه ، وهذا كعزل الوكيل عن الوكالة ، وعزل الوصى وناظر

---

(١) د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٥٨٩ .

الوقف ، ومن ذلك الحجر على الصبى المميز الذى كان قد أذن له في التجارة ، وكذلك الحجر على من اعتراه عارض من عوارض الأهلية .

(٥) عقود الشركات :

وهي عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح ، وهي على ضربين شركة أملاك ، وشركة عقود ، وسميت بذلك لما فيها من الاشتراك في نماء المال وأرباحه ، ومنها عقود المزارعة والمساقاة والمضاربة .

(٦) عقود الضمانات :

وتسمى عقود التوثيقات ، وهي عقود يطمئن بها الدائن على دينه، ويضمها إلى ذمة المدين لضمان استيفاء حقه منه ، وذلك كالرهن والكفالة والحوالة ، فإن الدائن بها يؤكد حقه في استرداد دينه، ويبعد عنه احتمال خطر الضياع .

(٧) عقود الاستحفاظات :

وهي العقود التى تحدث بين الشخص وغيره لمجرد إيداع شيىء عنده بقصد حفظه له ، أو التعاقد معه على السهر عليه وحراسته ، وذلك كعقد الوديعة ، وعقد الحراسة ، ومن ثم شمل نظام المعاملات في التشريع الإسلامي كل أنواع المعاملات ، بما فيها الروابط المالية ، والروابط الأسرية وغيرها .

المبحث الثاني

التشريع التجاري في الفقهين

الإسلامي والوضعي

المطلب الأول

قانون التشريع التجاري الوضعي

القانون التجارى : هو مجموعة القواعد التى تنظم الأعمال التجارية ، وبعبارة أخرى هو مجموعة القواعد القانونية المنظمة للنشاط المالى ذى الصبغة التجارية فهو ينظم حياة التجار أفراداً كانوا أو شركات ، وينظم أنماط التعامل التجارى والأوراق التجارية(١).

والقانون التجارى يحكم الأعمال ذات الصبغة التجارية فهو يحدد معنى كلمة تاجر ويبين متى يعتبر العمل تجارياً ومتى لا يعتبر ، وينظم العقود والشركات التجارية بجميع أنواعها المختلفة ويضع أحكاماً للأوراق التجارية بكافة أنواعها ، مثل : الكمبيالة والشيك والسند الأذنى والسند لحامله .

ويبين واجبات التجار كمسك الدفاتر التجارية والقيد فى السجل التجارى .

كما ينظم إفلاس التاجر وما يترتب عليه من آثار وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالنشاط التجارى وقد كان القانون التجارى جزءاً من القانون المدنى ، ثم انفصل عنه وأصبح فرعاً مستقلاً من فروع القانون الخاص وذلك فضلاً عن زيادة النشاط التجارى وما استتبع ذلك من ضرورة وضع قواعد خاصة تنظم

---

(١) د. عبد المنعم الصدة – فقرة ٤٠، د. حسن كيرة – فقرة ٣٦، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٢٠، د. جمال الدين العاقل – ص ٦٢، د. عبد الرازق فرج – ص ٢٩.

العلاقات التجارية بطريقة تلائم ما تتطلبه هذه المعاملات من سرعة وثقة فى التعامل .

أسباب استقلال القانون التجارى عن القانون المدنى :

يمكن القول : إن استقلال القانون التجارى عن القانون المدنى يرجع إلى اعتبارين تختص بهما الأعمال التجارية وهما :

أولاً : الأعمال التجارية قوامها السرعة :

لا شك أن السرعة من الأمور التى تستلزمها الأعمال التجارية - وبخاصة - بعد اتساع مجالها وزيادتها المضطردة وهذه السرعة لاتتحقق مع وجود القيود التى يفرضها القانون المدنى ، سيما ما يستغرقه من اجراءات تأخذ وقتاً قد تضيع فيه فرصة ذهبية على التاجر .

والمعاملات التجارية قوامها السرعة ، وذلك على عكس المعاملات المدنية التى لا تتم بهذا البطء حيث يعمد الناس فى المعاملات المدنية إلى المساومة والأخذ والرد ، كما يلجئون إلى التروى من أجل تمحيص الرأى ووزن الصفقة وفقاً لظروف العرض والطلب ولتغلب الأحداث السياسية التى قد تؤدى إلى رفع الأسعار واحتكار السلع تربصاً للغلاء المنتظر كما أن البضائع قد يتسارع إليها الفساد، والتأخير قد يؤدى إلى الخسارة الماحقة فيها ، إن هذه السرعة التى تستلزمها المعاملات التجارية تستدعى تنظيماً قانونياً خاصاً ، وتجعل أحكام القانون المدنى عاجزة عن مجاراتها .

وتحقيقاً لهذه السرعة ، اتسمت قواعد القانون التجارى بالمرونة وبساطة الإجراءات الخاصة بإبرام العقود ، وإثباتها وتنفيذها ، ونقل الحق من شخص إلى آخر ، ومن مظاهر السرعة فى الأعمال التجارية ما يلى :

(١) حرية الإثبات فى المعاملات التجارية :

إذا كانت القاعدة العامة فى القانون المدنى ، هى وجوب الإثبات بالكتابة، كلما زاد موضوع التصرف القانونى عن خمسمائة جنيه[1]، أو إذا كان غير محدود القيمة، فإن الإثبات فى المواد التجارية حر من القيود ، فيجوز إثبات التصرف التجارى بالقرائن أو بالبينة أياً كانت قيمته .

(٢) يسر تداول الحقوق التجارية :

كذلك فإن القانون التجارى يحقق السرعة من خلال تيسير تداول الحقوق التجارية الثابتة فى صكوك، فبينما يستلزم القانون المدنى اجراءات خاصة لحوالة الحقوق الشخصية من الدائن إلى غيره ، نجد القانون التجارى ، يكتفى فى السندات التجارية بتسليمها إذا كانت واجبة الدفع لحاملها ، أو بتظهيرها عن طريق كتابة بيان على ظهرها يفيد أن حاملها قد نقلها من شخص إلى آخر.

(٣) تيسير اجراءات تنفيذ الرهن :

فى القانون المدنى ، إذا أراد الدائن أن ينفذ الرهن ، فإنه يجب أن يكون بيده سند واجب التنفيذ كحكم أو سند رسمى ، وذلك حتى يمكنه التنفيذ على الشئ المرهون ضماناً لحقه واستيفاء هذا الحق من حصيلة البيع ، أما فى القانون التجارى ، فإن الأمر لا يقتضى ذلك ، حيث يرد الرهن على بضاعة تتقلب أسعارها ، ولو ألزمنا الدائن استصدار حكم أو الحصول على سند تنفيذى، فلربما تنخفض قيمة البضاعة المرهونة فلا يحصل على حقه كاملاً ، ولهذا أجاز القانون التجارى للدائن متى حل أجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء ،

---

(١) وذلك وفقاً لما تقضي المادة (٦٠) من قانون الاثبات ، والتي تم تعديلها أخيراً بالقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩م – الجريدة الرسمية ، العدد (١٩) مكرر (أ) في ١٩٩٩/٥/١٧م ، وذلك باستبدال عبارة (خمسمائة جنيه) بعبارة (مائة جنيه) .

أن ينبه عليه بالوفاء ، فإذا لم يقم المعين بالدفع خلال الأيام الثلاثة التالية للتنبيه، فإن له أن يتقدم بعريضة إلى قاضى الأمور الوقتية ويحصل منه على إذن ببيع الشيئ المرهون ، وذلك دون حاجة إلى استصدار حكم بدينه[1] .

ثانياً: المعاملات التجارية قوامها الثقة :

من سمات المعاملات التجارية أن الثقة فيها تمثل قيمة قد تفوق قيمة المال الذى تتم المتاجرة به، وأساس ذلك؛ أنها لا تتم بغير الائتمان ، لأن أغلب العمليات التجارية تتم بأجل فلا يقوم المعين فيها بتنفيذ التزامه إلا بعد مدة معينة من تمامها وتنفيذها ، والائتمان لا غنى عنه فى الأعمال التجارية، فالتاجر قد يشترى البضاعة ويودعها مخازنه أو محله ، دون أن يتمكن من بيعها فى الحال ، ومن ثم فإنه يجب منحه أجلاً للوفاء بأثمانها وإذا لم يقم من يتعامل مع التاجر بمنحه أجلاً للوفاء ، لا يكون ثمة بديل أمامه سوى اللجوء إلى أحد المصارف للاقتراض منه ، فنعود مرة ثانية إلى الائتمان .

لهذا ، ولما كان الائتمان سمة أسفسية وضرورة لازمة فى المعاملات التجارية كان لابد من تنظيم خاص به ليحقق للتاجر فرصة الحصول عليه ، وليضمن – من ناحية أخرى – توقيع جزاء صارم وسريع على من يخل به، فقرر القانون افتراض التضامن بين المدينين، ووضع نظاماً خاصاً بتصفية أموال المدين التاجر ، وهو نظام الإفلاس ومن مظاهر تقوية جانب الائتمان وتدعيم الثقة ما يلى :

(أ) افتراض تضامن المدينين :

الأصل فى القانون المدنى ، أن التضامن بين المدينين لايفترض، فإذا تعدد المدينون بدين واحد ، فإن كلاً منهم لا يسأل إلا عن حصته فيه ، ولا

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٦، د. جميل الشرقاوى – السابق، د. حسن كيرة – السابق، د. رمضان أبو السعود – المدخل إلى القانون – ص ٨٤ وما بعدها – الدار الجامعية ١٩٨٥.

يتقرر التضامن إلا بنص فى القانون أو باتفاق صريح عليه ، أما فى المعاملات التجارية ، فإن التضامن يفترض عند تعدد المدينين دون حاجة إلى نص أو اتفاق ، ومن ثم يكون كل واحد من المدينين المتعددين مسئولاً وحده عن كل الدين فى مواجهة الدائن لا عن نصيبه فقط .

(ب) نظام الإفلاس التجارى:

ويعتبر الإفلاس التجارى دعامة من دعائم الثقة فى المعاملات التجارية ، لأنه يعتبر بمثابة الجزاء الرادع لمن يزدرى تلك الثقة ولايقوم بواجباتها ، فإذا توقف التاجر المدين عن دفع ديونه ، فإن مقتضى نظام الإفلاس أن تتم تصفية أمواله سداداً لحقوق دائنيه ، حتى لا تتعطل أعمالهم ، أو يعجزوا بدورهم عن الوفاء بما فى ذممهم من التزامات ، فتزيد سلسلة التعثر فى السداد ويختل نظام التعامل .

وفى سبيل حماية الدائنين من غش المدين أو تصرفاته الضارة بهم ، قرر القانون التجارى عدم سريان طائفة من تلك التصرفات فى مواجهة الدائنين إذا باشرها المدين وهو مفلس ، أو إذا كان على شفا الإفلاس ، ثم إن تنظيم الإفلاس من شأنه ألا يترك الدائنين يتزاحمون ويتسابقون فى التنفيذ على أموال المدين، بل نظم رجوعهم عليه ، وضمن لكل منهم نصيباً فى أمواله ، ومن ثم كان نظام الإفلاس مقوياً للائتمان التجارى ، ليقدم الدائن على منح ائتمانه للتاجر وهو مطمئن .

ولم يكن لمثل هذا التنظيم نظير فى القانون المدنى ، وإن كانت المجموعة المدنية الجديدة قد نظمت الإعسار المدنى ، فأجازت شهر إعسار المدين الذى لا تكفى حقوقه للوفاء بما عليه من ديون مستحقة الأداء ، فاقتبست بعض نظام الإفلاس دون أن تنقله بحذافيره [1].

---

(١) المواد: ٢٤٩ – ٢٦٤، مدنى.

القانون الذى ينظم الأعمال التجارية فى مصر :

لقد ظلت الأعمال التجارية محكومة بتقنين مصرى عتيق وضع عام ١٨٨٣، وقد استمر هذا القانون فى التطبيق حتى نهاية الألفية المنصرمة ، رغم أن كثيراً من نصوصه أصبحت غير قادرة فى أفكارها أو صياغتها على مجاراة الأعمال التجارية فى العصر الحديث ، إلى أن أثمرت الجهود وتحققت الآمال فى تغيير هذا الوضع وصدر القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المعروف بقانون التجارة ، والذى صيغ صياغة عصرية ملائمة ، استلهمت روح التشريع فى كثير من الأنظمة القانونية العالمية ، وجاء هذا القانون محققاً للآمال فى وثبة تشريعية مصرية تصل بالتجارة إلى الغد المأمول ، كما تمت مراجعة نصوصه حتى تجئ موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء[1].

ومن هذا المنطلق أعد المشروع ليواجه هذا المستقبل .

ويقع المشروع فى خمسة أبواب الأول فى التجارة بوجه عام ، والثانى فى الالتزامات التجارية ، والثالث فى عمليات البنوك ، والرابع فى الأوراق التجارية ، ثم الباب الخامس فى الإفلاس والصلح الواقى منه .

خصائص القانون التجارى :

ويمكن القول أن للقانون التجارى خصائص معينة نذكر منها ما يلى :

أولاً : أن القانون التجارى لا يزال مرتبطاً بالقانون المدنى ارتباط الفرع بالأصل ، وقد سبق بيان أن القانون المدنى هو الشريعة العامة للقانون الخاص، ومن ثم فإنه مع حالة عدم وجود نص فى القانون التجارى يحكم المسألة المطروحة ، فإنه يتعين الرجوع إلى نصوص القانون المدنى .

---

(١) كان لى شرف المشاركة فى مراجعة نصوص هذا القانون وفق أحكام الشريعة الإسلامية بصحبة صاحب الفضيلة الأستاذ الدكتور/ محمد سيد طنطاوى شيخ الأزهر، وفضيلة الدكتور/ نصر فريد واصل مفتى الجمهورية، والدكتور/ عبد الرحمن العدوى عضو مجمع البحوث الإسلامية.

ثانياً : أن العرف يلعب دوراً كبيراً فى مجال إنشاء قواعد القانون التجارى ، وبناء على ذلك فإن النصوص التشريعية ليست هى المصدر الوحيد لأحكامه بل يعد العرف من المصادر الهامة للقانون التجارى[1].

القانون البحرى :

يقوم القانون البحرى بتنظيم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية ، ويمكن تعريفه بأنه : مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة فى البحار والتجارة البحرية .

وتدور هذه العلاقات حول السفينة ، فيتناول تنظيم ما يرد عليها من حقوق وتنظيم بيعها وتأجيرها وتنظيم عقد العمل البحرى وعقد النقل البحرى وعقد القرض البحرى، والتأمين على السفينة والبضائع التى تشحن عليها، كما يتناول تنظيم ما يرد على السفينة من حقوق .

وقد نشأ القانون البحرى فى أحضان القانون التجارى بسبب أن الملاحة البحرية تتم أساساً بقصد الإتجار .

وإذا كانت هذه الأعمال فى الأصل أعمالاً تجارية ، إلا أنه توجد بعض الاعتبارات التى دعت إلى فصل القانون البحرى عن القانون التجارى . وترجع هذه الاعتبارات إلى كبر حجم السفينة ، وتعرضها للكثير من الأخطار الجسيمة وهى فى عرض البحر وذلك بالإضافة إلى أنها فى معظم الأوقات تكون بعيدة عن رقابة صاحبها ، فهذه الأمور وغيرها اقتضت ضرورة وضع قواعد خاصة بتنظيم الملاحة البحرية[2].

---

(١) د. جمال الدين العاقل – ص ٦٥، د. عبد الرازق فرج – السابق.

(٢) د. جمال الدين العاقل – ص ٦٦، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٩.

القانون الجوى :

والقانون الجوى هو : مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة الجوية .

وتتركز هذه العلاقات حول الطائرة من حيث ملكيتها وجنسيتها وتسجيلها، وتنظيم أحكام عقد النقل الجوى، والمسئولية الناجمة عن الأضرار التى تلحق الركاب أو تصيب من هو على سطح الأرض إلى غير ذلك من الموضوعات المتصلة بالملاحة الجوية[1].

المطلب الثاني

التشريع التجاري في الفقه الإسلامي

لا تبدو ثمة تفرقة بين المعاملات المالية في المجال التجاري أو غيره ، فكل تبادل للمال يتم وفق الضوابط الشرعية يعتبر من ضمن التعامل المشروع ، سواء أكان في المجال التجاري أم المجال المدني على النحو المعروف في القانون الوضعي .

وفى تصورنا أن اختصاص المعاملات التجارية في القانون الوضعى ببعض الأحكام الخاصة التى تتميز بها عن غيرها ، والتى تتواءم مع ما تختص به هذه الأعمال من سرعة تقتضى مجالاً واسعاً في إثبات المعاملات التجارية ، ويسر تداول الحقوق في مجالها ، وتيسير إجراءات تنفيذ الرهن فيها ، كما تتفق مع ما تقوم عليه المعاملات التجارية من ثقة أدت إلى تقرير نظام الإفلاس التجاري ، وافتراض التضامن بين المدينين ، فإنها أحكام غير منكورة في التشريع الإسلامي ، ولا يوجد ما يمنع من جوازها ، بيد أنها ليست قصراً على

---

(١) د. جمال الدين العاقل – المرجع نفسه.

مجال واحد من مجال التعامل ، وهو مجال المعاملات التجارية ، ولكنها تشمل جميع أنواع المعاملات ، وذلك لتوفير ما تحتاجه المعاملات كلها من ثقة وسرعة ، أصبحت من مقتضيات العصر ولوازم الزمان ، إلا أن تقرير التضامن بين المدنيين ، على سبيل الافتراض قد يمثل قسوة على بعض المدينين سيما الذين ينشأ التزامهم بصفة تابعة ، وليست بصفة أصلية ، وذلك كالكفلاء المتضامنين ، أو الكفيل المتضامن ، ولهذا فإن ما يتفق مع تحقيق الرضا التام في مجال المعاملات ، أن يكون تقرير التضامن بين المدينين بالاتفاق ، ولا يكون افتراض قيامه إلا في الحالات التى يبدو فيها عجز الضمان الاختيارى عن تحقيق الثقة المطلوبة في مجال المعاملات .

كما أن مبدأ افتراض التضامن بين المدينين لم يسلم من اختلاف الفقهاء فيه ما بين منكر له ، وذلك على أساس أن القاعدة التى تقضى بأن التضامن بين المدينين لا يفترض ، صحيحة في المسائل التجارية صحتها في المسائل المدنية [1]، ومثبت له في الأعمال التجارية ، وذلك بناء على ما استقر الأمر عليه في القضاء الفرنسى ، من وجود عرف قديم يقضى به ، ولأن القاعدة التى تقضى بعدم جواز افتراض التضامن بين المدينين ، قاعدة مفسرة ، فإنها إذا تعارضت مع العرف يرجح الأخير ، سيما وأنه في مصلحة التجارة [2]، وهذا ما عليه جمهور الشراح في الفقه الوضعى ، بينما يرى جانب ثالث من الفقه ،

---

(١) د. السنهورى – الموجز في النظرية العامة للالتزامات – ص ٥١١ – فقرة ٥٠٤ ، والوسيط – جـ ٣ – ص ٢٦٨ وما بعدها ، د. أحمد حشمت أبو ستيت – النظرية العامة للالتزام – ص ٥٢٤ ، د. سليمان مرقس – شرح القانون المدنى المصري – جـ ٢ – ص ٣٧٩ .

(٢) د. محسن شفيق – الوسيط في شرح القانون التجاري المصري – جـ ١ – ص ٣٥ – طبعة ١٩٥٧ ، د . ثروت عبد الرحيم – القانون التجاري المصري – جـ ١ – ص ١٣٩ ، د. أكثم الخولى – القانون التجاري – جـ ١ – ص ٢٦٥ ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٦ ، د. مصطفى كمال طه – الوجيز في القانون التجاري – جـ ١ – ص ٧٦ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، د. عبد المنعم البدراوي – أحكام الالتزام – ص ٢٧٢ .

أن افتراض التضامن في المعاملات التجارية عادة اتفاقية لم ترق إلى مرتبة العرف[1].

أما التقنين المدنى الألماني فيذهب إلى مدى أبعد من ذلك إذ يفترض قيام التضامن حتى في المسائل المدنية التى يكون مصدرها العقد مادة (٤٢٧) من هذا التقنين ، وإن كان يضيق من الآثار التى تترتب على التضامن ولا يتوسع فيها توسع التقنينات اللاتينية [2].

اتجاه الفقه الإسلامي حول افتراض التضامن في المعاملات التجارية :

وإذا كان موضوع افتراض التضامن في المسائل التجارية قد أثار مثل هذا الخلاف بين فقهاء القانون ، فإننا لا نكاد نلمس لمثله صدى - ولو من بعيد - في الفقه الإسلامي ، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الخلاف قد نشب أصلاً استناداً إلى التفرقة بين الأعمال المدنية والتجارية واختصاص الأعمال التجارية بأنظمة معينة استهدف المشرع من وضعها تيسير الائتمان بين التجار وتبسيط الإجراءات القانونية لإبرام العمليات التجارية وتنفيذها بالسرعة التى تتطلبها طبيعة التجارة[3] ، والفكرة التى تتوخى تحقيق مثل هذه الغايات يوجد ما يحققها في الفقه الإسلامي ، ويدركها - دون أدنى مشقة - من يتأمل النصوص التى وردت في الكتاب والسنة دالة على اعتبار الثقة والوفاء في المعاملات والسرعة في أدائها ، ومنها قوله تعالى : " يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود [4]" ، وقوله تعالى : " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً[5] " .

(١) د. محمد حسنى عباس – القانون التجاري العربي – ص ١٢ – طبعة سنة ١٩٦٠ – دار النهضة العربية.

(٢) السنهوري – الوسيط – جـ ٣ – ص ٢٦٧ – هامش (١) .

(٣) د. محسن شفيق – الوسيط في شرح القانون التجاري – جـ ١ – ص ١ – فقرة ٢.

(٤) سورة المائدة – الآية الأولى .

(٥) سورة الإسراء – آية ٣٤ .

وفي هذا الصدد اعتبر الشارع أن مطل الغنى وتأخيره في أداء الديون الواجبة عليه مخالفة تستوجب العقوبة الشديدة ، فأجاز للحاكم حبسه إذا أبى عن دفع الحق أو ماطل أو سوف ، فقد روى عن أبي هريرة ، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " مطل الغنى ظلم يحل عرضه وعقوبته (١)" ولأن القاضى نصب لا يصال الحقوق إلى أربابها فإذا امتنع المطلوب عن الأداء فعلى القاضى جبره عليه ، ولا يجبره بالضرب فيتعين الحبس (٢)، كما أن حصول المال في يده والتزامه العقد باختياره يدل على قدرته على الدفع إذ الانسان لا يلتزم ما لا يقدر عليه عادة ، فإذا ظهر ظلمه استحق العقوبة (٣).

على أن هذا المسلك من قبل الفقه الإسلامي لا يقتصر على فرع معين من فروع المعاملات بل يشمل كل أنواع التصرفات ، إذ لا وجود لمثل هذه التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية في الفقه الإسلامي .

وقد ورد في آية المداينة مايفيد الترخيص باستثناء بعض أنواع التجارة من شرط الكتابة والإشهاد في الدين ، قال تعالى : " إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم (٤)" ، ومعنى التجارة يفيد تقليب الأموال وتصريفها بطلب النماء والزيادة بالأرباح (٥)، ومعنى إدارتها بينهم تعاطيها يداً بيد (٦)، فالإدارة التعاطى

---

(١) صحيح البخاري – جـ ١٠ – ص ١١٧.

(٢) الاختيار لتعليل المختار – جـ ٢ – ص ١٢٢ .

(٣) تبيين الحقائق للزيلعى – جـ ٤ – ص ١٨٠ ، وراجع : محمد سلام مدكور المدخل للفقه الإسلامي – طبعة ١٩٦٨ – ص ٧٠٢ – هامش (١) ، حيث يقرر أن الالتزام في الفقه الإسلامي تصحبه سلطة شخصية مهذبة تأييداً لتنفيذه ، ولذا شرع طلب حبس المدين وملازمة الدائن له والحكم بذلك ، ولا نعجب من هذا لأنه قصد به حماية صاحب الحق من مساءلة المدين وحثا له على الوفاء ما دام قادراً عليه .

(٤) سورة البقرة – من الآية ٢٨٢ .

(٥) صديق حسن خان – فتح البيان في مقاصد القرآن – الجزء الأول – ص ٤٦٨ – طبعة أكتوبر سنة ١٩٦٥م .

(٦) تفسير الخازن – جـ ١ – ص ٢٢٨ .

والتقايض ، والمراد : التبايع الناجز يداً بيد [١].

وقد رخص الله في ترك الكتابة في هذا النوع من التجارة لكثرة جريانه بين الناس فلو كلفوا الكتابة فيه لشق عليهم ، ولأنه إذا أخذ كل واحد حقه في المجلس لم يكن هناك خوف من الجحود ، فلا حاجة إلى الكتابة[٢] ، وقد رفع الجناح فيه ، لأنه مبايعة بنقد ، وذلك – في الأغلب – إنما هو في قليل كالمطعوم ونحوه ، لا في كثير كالأملاك ونحوها ، وقال السدى والضحاك : هذا فيما كان يداً بيد ، وقول الله تعالى :" تديرونها بينكم " ، يقتضى التقابض [٣].

قال الشعبي : البيوع ثلاثة : بيع بكتاب وشهود ، وبيع برهان ، وبيع بأمانة، وقرأ هذه الآية ، وكان ابن عمر إذا باع بنقد أشهد ، وإذا باع نسيئة كتب وأشهد ، وكان كأبيه وقافاً عند كتاب الله – تعالى – مقتدياً برسوله – صلى الله عليه وسلم [٤].

وظاهر مما سبق أن الاستثناء من الكتابة والإشهاد في هذا النوع من التجارة لا يعنى نوعاً من المعالجة الخاصة للمعاملات التجارية تشبه تلك التفرقة القائمة بين القانونين المدنى والتجاري ، وإن كانت توحي بأنها تقترب منها ، فليس المراد بلفظ التجارة في الآية الكريمة الأعمال التجارية بالمفهوم القانوني ، لأن الأمر لا يعدو أن يكون تصويراً لما يجرى بين الناس في معاملاتهم اليومية ومبادلاتهم البسيطة مما يتم بيعه وشراؤه من طعام وشراب وما يشبههما فهو لا يستغرق زماناً يستدعى إثباتاً فاشتراط الكتابة والاشهاد في مثل هذه المعاملات البسيطة يوقع الناس في الضيق والحرج ويشق عليهم ، ولا يمكن

---

(١) فتح البيان في مقاصد القرآن – نفس المكان السابق .

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) القرطبى – الجامع لأحكام القرآن – جـ ٣ – ص ٤٠٢ .

(٤) ابـن العربي – أحكام القرآن – القسم الأول – ص ٢٥٨ – الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ – دار إحياء الكتب العربية ، وراجع : المجموع للنووى – جـ ١٣ – ص ١٠٤.

القول بأن هذه المعاملات البسيطة ، هي المعاملات التجارية وأن لها معالجة خاصة .

ويكون الأصل أن جميع المعاملات تخضع لنظام واحد دون تفرقة بين معاملة ومعاملة ، يقول صاحب تفسير المنار : " إن الاستثناء في الآية من الكتابة هو المختار وقيل : الإشهاد ، وقيل : هما ، والمعنى أن ذلك مطلوب واجب إلا أن تكون المعاملة تجارة حاضرة تدار بين المتعاملين بالتعاطى ، بأن يأخذ المشترى المبيع أو البائع الثمن فلا حرج في ترك كتابتها ولا إثم إذ لا يترتب عليه شيىء من الإرتياب الذى يجر إلى التنازع وما وراء ذلك من المفاسد [1].

ولا يعنى هذا قصور الفقه الإسلامي أو تخلفه ، فإن مثل هذه الوحدة الموضوعية إنما هي أصل يسعى التشريع الوضعى في الوصول إليه ، فقد أنكر كثير من فقهاء القانون الخاص التفرقة بين القانون المدنى والقانون التجاري ، وراحو ينادون بوجوب إدماج القانونين والقضاء على الكيان الذاتي للقانون التجاري ومزج أحكامه بالقواعد المدنية فيصبح القانون الخاص واحداً لايتجزأ يطبق على جميع الأفراد وعلى جميع الأعمال القانونية بغير فارق [2].

وتخلص حجج المنادين بإدماج القانونين التجاري والمدني في أن القانون الروماني أصل القوانين الحديثة ذات الاتجاه اللاتينى لم تتفرع عنه قواعد خاصة بالمعاملات التجارية ، كماأن مجموعة القواعد العرفية التى كانت تعرف بالقانون التجاري في إنجلترا قد ألغيت منذ نهاية القرن الثامن عشر ، وأصبحت أحكام القانون المشترك هى التى تحكم المعاملات التجارية ، خاصة وأن النظام الأنجلـوسكسونى لا يعرف فكرة الأعمال التجارية التى هي مناط تطبيق القانون التجاري في تشريعات الدول ذات الأصل اللاتيني [3].

---

(١) تفسير المنار – جـ ٣ – ص ١٠٥ – الهيئة المصرية العامة للكتاب .

(٢) د. محسن شفيق – الوسيط – جـ ١ – ص ٥ .

(٣) د. ثروت عبد الرحيم – القانون التجاري المصري –جـ ١ – ص ١٧ –طبعة ١٩٧٨.

ويضيف أنصار الإدماج : إن مبررات حماية الائتمان كنظام الافلاس والتشدد في معاملة المدين بدين تجاري تستوجبها كذلك المعاملات المدنية ، فتوقف التاجر عن سداد ديونه لا يقل خطورة عن توقف التاجر عن الوفاء بالتزاماته التجارية ، كما أن بعض الأدوات القانونية التى كانت قاصرة على النشاط التجاري امتد استخدامها إلى الأعمال المدنية كالشيكات والسندات الأذنية، كذلك نظام فتح الاعتماد لدى البنوك والحساب الجاري وتداول الأسهم والسندات ، كما أن كثيراً من المشروعات المدنية تستخدم نفس وسائل المشروعات التجارية من حيث وسائل الإدارة والإعلان واستخدام الدفاتر التجارية على سبيل المثال .

ويقول أنصار الإدماج : إن وجود فوارق طفيفة بين أحكام العقود التجارية والعقود المدنية لا تبرر فصل كل من القانونين عن الآخر ، فهذه العقود تخضع للقواعد العامة في القانون المدنى وبعض أعمال البنوك كالإقراض والودائع والكفالات وردت أحكامها العامة في القانون المدني ، وإذا كانت بعض المعاملات التجارية تستوجب أحكاماً خاصة فليس ثمة مايحول دون النص عليها في مجموعة واحدة للقانون الخاص [1].

ولذلك ذهب جانب من الفقه إلى أن من يتأمل في نشأة القانون التجاري وعلاقته بالقانون المدنى وتشابك الاثنين وتداخلهما ، تحدثه نفسه عن مدى مزايا الفصل بين القانونين ، وما هي الحكمة في تمييز المعاملات المدنية التى ليست إلا نوعاً منها أو تفرعت عنها ؟ ، وما هي الفائدة التى عادت على المجتمع من مثل هذا الفصل ؟ .

---

(١) د. ثـروت عبد الرحيم- نفس المرجع والمكان السابق - وراجع في أسانيد وحجج أصحاب نظرية الإدماج بين القانونين المدنى والتجاري : الوسيط في القانون التجاري المصري - للدكتور محسن شفيق - جـ ١ - ص ٥ وما بعدها ، د.عبد المنعم البدراوى - المدخل لدراسة العلوم القانونية - ص ١٠٨ وما بعدها - طبعة ١٩٦٦ - دار النهضة العربية ببيروت .

الواقع أن هذا التمييز لم يكن معروفاً عند الرومان ، ولاهو معروف في الشريعة الإسلامية ، وقد زالت آثاره الآن في كثير من البلاد على حد ما نعرفه من دراسة التشريع المقارن ، وحتى في البلاد التى أخذت بمبدأ الفصل نجد الفقهاء منقسمين على أنفسهم في أمره ، فبعضهم يؤيده وبعضهم ينقده ، كما أن بعض البلاد الأجنبية لم تأخذ بهذا التمييز (١).

ورغم هذه الحجج فإن كثيراً من الفقهاء يرون أن اندماج القانونين التجاري والمدنى ، أمراً يتضمن مروقاً على التقاليد (٢)، وإنكاراً للأوضاع العملية مسايرة لمنطق نظرى بحت لا مراعاة فيه للجانب الواقعى ، ولذلك فهو لا ينال منهم رضاء أوتعزيزاً (٣).

وفيما يتعلق بالقانون البحري ، فإن ما ينطوى عليه من الأحكام التجارية لا تأباه أحكام التشريع الإسلامي ، حيث لا تعدو تلك الأحكام أن تكون تطبيقاً للمبادئ العامة في هذا التشريع ، سيما المبادئ العامة لعقد النقل ، والمسئولية الناشئة عنه ، وذلك فيما يعرف بضمان العقد.

والقانون الجوي ، كالقانون البحرى في كون كل منهما يعد تطبيقاً لمبادئ التشريع الإسلامي في ضمان العقد ، ومن ثم تكون مشروعية الضمان فيهما مبنية على الأسس التى تفيدها أدلة مشروعية الضمان ، وتكون مشروعة بناء عليها .

---

(١) د. حسن جاد – شرح القانون التجاري العراقي – جـ ٢ – ص ٢٢ ، ٢٣ – فقرة ١٩ – طبعة ١٩٤٠ .

(٢) د. محسن شفيق – الوسيط – جـ ١ – ص ٧ .

(٣) د. ثـروت عبد الرحيم – نفس المرجع السابق – ص ١٧ – وراجـع في هذا المعنى: د. محسن شفيق – نفس المرجع والمكان السابقين .

المبحث الثالث

قانون المرافعات المدنية والتجارية

المطلب الأول

قانون المرافعات المدنية في التشريع الوضعى

يتكفل قانون المرافعات المدنية والتجارية بحماية العلاقات القانونية الناشئة عن القانونين المدنى والتجارى، ورد الاعتداء عنها ، ومن ثم كان هذا القانون من القوانين الشكلية ، أو المتعلقة بالإجراءات .

وينظم قانون المرافعات المدنية والتجارية الموضوعات الآتية:

أولاً : النظام القضائى :

وذلك من خلال بيان الأصول التى يقوم عليها هذا النظام ، وتشكيل المحاكم فى مختلف درجاتها ، ثم بيان الأفراد والهيئات المختلفة التى تتعاون فى أداء العدالة ، وذلك من خلال بيان قواعد وشروط تعيين أعضائها من القضاة والمستشارين ، ونقلهم وترقياتهم وعزلهم، والضمانات المقررة لهم ، كما تنظم عمل أعوان القضاة من المحامين والكتبة والمحضرين ، والخبراء القضائيين .

ثانياً : الاختصاص القضائى :

وذلك من خلال بيان توزيع ولاية القضاء على المحاكم المتعددة ودرجاتها المختلفة ، وهذه القواعد منها ما يتعلق بتوزيع ولاية القضاء على جهاته المختلفة ، وذلك كالقواعد المنظمة لولاية القضاء الإدارى بالنسبة للقضاء المدنى ، وبعضها يتعلق بالاختصاص النوعى، أى اختصاص المحكمة من حيث نوع الدعوى وأهميتها ، وما إذا كانت تختص بها المحاكم الجزئية ، أو المحاكم الابتدائية ، وبعض تلك القواعد يتعلق بالاختصاص المحلى ، كتلك التى تبين

الدائرة الإقليمية التى تباشر المحكمة وظيفتها داخل حدودها ، مثل تحديد اختصاص محكمة القاهرة ، أو محكمة الإسكندرية .

ثالثاً : اجراءات التقاضى :

وهى الإجراءات التى تتبع فى الالتجاء إلى المحاكم ، أى فى رفع الدعاوى وفى تحقيقها ، وفى الحكم فيها ، وكذلك الإجراءات التى تتبع فى تنفيذ الأحكام القضائية [1].

المطلب الثاني

نظام المرافعات القضائية في التشريع الإسلامي

إذا كان القانون الوضعى قد نظم إجراءات التقاضى في المعاملات المدنية بما سنه في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، فإن لهذا النظام ما يقابله في التشريع الإسلامي ، وذلك من خلال الأحكام المتعلقة بالإجراءات القضائية التى يجب اتباعها في الفصل بين الخصومات ، في إطار دراسة النظام القضائي ، والاختصاص النوعي والمكاني ، وذلك على نحو يمكن رده إجمالاً إلى أمرين هما النظام القضائى ، والاختصاص القضائي :

أولاً : النظام القضائي :

والنظام القضائي : يشمل ضوابط تعيين القضاة وأعوانهم ، كما يشمل الأحكام المتعلقة بنظام الجلسات وإصدار الأحكام ، ويحسن بيان ذلك بالقدر الذى تقتضيه تلك الدراسة .

(١) ضوابط تعيين القضاة وأعوانهم :

القضاة وأعوانهم هم يد العدالة التى تقيم ميزان القسط بين الناس ، ولذلك اهتم التشريع الإسلامي بضوابط اختيارهم في ضوء أهمية الرسالة

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٨٠، د. عبد الرازق فرج – ص ٣٠.

المقدسة التى يقومون بها في المجتمع الإسلامي والإنساني ، وقوام هذا الاختيار يتمثل في النزاهة والموضوعية والتجرد في نظر القضايا ، قصداً لاصابة الحق ابتغاء وجه الله وحده ، مع القدرة البدنية والعلمية التى تحقق فيهم جانب الكفاية المطلوبة للمهمة التى يختارون لإنجازها .

وتحقيقاً لتلك المقاصد العامة اشترط الفقهاء فيمن يعين قاضياً ، أن يكون بالغاً عاقلاً سليم الحواس في سمعه وبصره ولسانه ، وأن يكون عدلاً ذا مروءة، فقيهاً ذا قدرة على الاجتهاد والنظر (١)، واختلف الفقهاء في شرط الذكورة ، فذهب رأى إلى عدم جواز تولى المرأة للقضاء وبطلان حكمها فيه ، وهو رأي جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية كما قال ابن فرحون (٢)، وذهب رأى ثان : إلى جواز توليها مطلقاً وصحة أحكامها في كل القضايا بما فيها الدماء والفروج ، وهو رأى ابن جرير الطبرى ، وابن القاسم من المالكية وابن حزم الظاهرى (٣)، وذهب رأى ثالث : إلى أنه لا يجوز تولى المرأة القضاء ، فإن وليت نفذ قضاؤها مع إثم من ولاها ، في غير الحدود والقصاص حتى ولو وافق قضاؤها الحق فيهما (٤).

والرأى الراجح لدينا هو القول الثاني ، حيث لا يوجد دليل قطعى الدلالة في عدم جواز توليها القضاء ، ولأن إصابة الحق مقصود شرعى يجب الوصول

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني – جـ ٨ – ص ٢٢١ ، والأحكام السلطانية للماوردى – ص ٦٥ ، د. جمال المرصفاوى ، محاضرات في نظام القضاء في الإسلام لطلبة قسم الدكتوراه – كلية الشريعة والقانون سنة ١٩٧٥م – ص ٥ ومابعدها ، وتبصرة الحكام لابن فرحون – جـ ١ – ص ٢٦ ، والمحلى لابن حزم – جـ ٩ – ص ٤٣٠ .

(٢) التبصرة – جـ ١ – ص ٢٤ .

(٣) حاشية الدسوقى – جـ ٤ – ص ١٨١ ، والأحكام السلطانية – ص ٦٥ ، بداية المجتهد – جـ ٢ – ص ٣٨١ .

(٤) حاشية ابن عابدين على الدر المختار – جـ ٥ – ص ٤٤٠ – طبعة الحلبى الثانية سنة ١٩٦٦ ، د. محمد رأفت عثمان – النظام القضائى في الفقه الإسلامي – ص ٩٥ ومابعدها – الطبعة الخامسة سنة ٢٠٠٢ .

إليه من كل مستطيع ، والمرأة قدتكون أوفق إصابة له ، كما أنه يحتاج إلى علم واجتهاد ، وهي قد تكون أكثر علماً وأقدر على الاجتهاد منه ، ولأنها يجوز أن تتولى الإفتاء ، كما ثبت أنها قد وليت الحسبة ، وهما ولايتان في مستوى ولاية القضاء فيقاس جواز توليها عليهما ، ومسألة توليها القضاء تدخل ضمن فقه النوازل التى تفصح المصلحة فيها عن جواز توليها .

ويصدر بتعيين القاضى قرار من ولى الأمر بعد التحقق من الشروط المطلوبة ، يكون واضح العبارة في تعيينه وبيان اختصاصه النوعي والمكاني[1]، ويثبت تقليد القاضى بالشهادة والاستفاضة [2].

عزل القاضى :

وقداتفقت كلمة الفقهاء على أن القاضى يعزل تلقائياً إذا زال عقله ، أو أصابه مرض يمنعه من القضاء ، إو إذا نسب إليه ما يمس شرفه ونزاهته ، ويرى الحنفية جواز وقف القاضى إذا فسق حتى يعود سيرته الأولى ، وإذا حكم بالجور متعمداً ، فإنه يعزل وجوباً ، ويجوز توقيع عقاب عليه ، وكذلك الأمر إذا تقاضى رشوة [3].

أعوان القاضى :

ويختص القاضى بتعيين أعوانه وفقاً لتوافر الشروط المطلوبة فيهم ، وهم :

---

(١) الأحكام السلطانية – ص ٦٩ .

(٢) المغنى – جـ ١١ – ص ٢٩١ ، لمهذب للشيرازي – جـ ٢ – ص ٢٩١ ، مجمع الأنهر – جـ ٢ – ص ١٩٢.

(٣) تبصرة الحكام – جـ ١ – ص ٧٦ ، د. جمال المرصفاوي – نظام القضاء في الإسلام – ضمن البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي بجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٣٩٦هـ – ١٩٨٤م – ص ٥١ وما بعدها – طبعة دار الثقافة بالجامعة .

(أ) الكاتب :

يرى جمهور الفقهاء أنه يستحب أن يتخذ القاضى كاتباً محافظاً على هيبة المنصب ، ولما فيه من عون وإسعاف ، ويرى المالكية وجوب ذلك حتى يتفرغ لأداء واجبه كما ينبغى له [1]، ويجب أن يكون الكاتب مسلماً عدلاً فقيها جيد الخط حتى يكون ذلك أدعى لحفظ الحقوق ، واشتراط الإسلام ليس إخلالاً بحق غير المسلم في تولى الوظائف العامة أسوة بالمسلم ، ولكنه مبنى على مراعاة مشاعره الدينية حتى لا يكون ملزماً بأداء مهمة يلتزم فيها بتطبيق شريعة لا يؤمن بها ، ويجب عليه أن يجلس بحيث يرى القاضى ما يكتب وأن يخصص لخصومات كل شهر مكاناً خاصاً ليكون ذلك أسهل في الرجوع إليه عند الحاجة[2].

(ب) محضرو الخصوم :

وهم أعوان القاضى بالمعنى الأخص ، حيث يقومون بإحضار الخصوم واستدعائهم ، وحفظ النظام ومنع تقدم غير ذى الدور ، ومنع التهارج ورفع الصوت ، ويقفون بين يدى القاضى في انتظار أوامره[3].

(ج) الحاجب :

وهو من أعوان القاضى الذين يرادون للهيبة ، كما أنه يعين على حفظ النظام أثناء نظر القضايا ، وينادى على الخصوم للمثول أمام القاضى ، كما أنه يحجب القاضى عمن يريد الدخول عليه بغير إذنه في أوقات راحته وخلوته [4]، قال الشوكانى : يستحب تقديم الأسبق فالأسبق والمسافر على المقيم ولا سيما

---

(1) المغنى لابن قدامه – جـ ١١ – ص ٤٢٨ ، حاشية الدسوقى – جـ ٤ – ص ١٣٨، تبصرة الحكام – جـ ١ – ص ٣٢.

(2) المغنى – جـ ١١ – ص ٢٣٤ ، تبصرة الحكام – جـ ١ – ص ٣٢ .

(3) تبصرة الحكام لابن فرحون – السابق – ص ٣٣ ، د. جمال المرصفاوى – السابق – ص ٦٥ .

(4) د. جمال المرصفاوى – السابق – ص ٦٥ .

إن خشى فوات الرفقة ، ويجب في الحاجب أن يكون أميناً ذا ثقة عارفاً ، حسن الأخلاق خبيراً بمقادير الناس [١].

(د) الجلواز أوصاحب المجلس :

وهو رئيس الأعوان ، ولذلك يسمى بالعريف أو النقيب أو صاحب شرطة القاضى ويقف بين يديه بالسلاح ، والجلواز : جمعه ، جلاوزة ، لجلوزتهم ، وهي شدة سعيهم بين يدى الأمير ، ويكاد يشبه ما يسمى في وقتنا بالشرطة القضائية التى ارتفعت الأصوات بتخصيصها للقضاء عملاً على سرعة تنفيذ الأحكام ، ومن قبل سرعة استدعاء الخصوم والبحث عن المتهمين الهاربين[٢].

(هـ) الوكلاء والمحامون :

تكاد كلمة الفقهاء تتفق على أن من حق الخصوم أن يوكلوا عنهم من يرون الاستعانة بهم في خصوماتهم ، سواء أكان في خصومة معينة ، أم على سبيل التفويض في كل خصومة [٣]، ويرى الحنابلة وبعض المالكية أنه لا يجوز للوكيل بالخصومة أن يقبل الوكالة إذا علم ظلم موكله ، لقول الله تعالى : " ولا تكن للخائنين خصيماً [٤]" ، ونحن نرى جواز الوكالة حتى ولو علم أن موكله ظالم ، وذلك ليذكر القاضى بضوابط المحاكمات المقررة شرعاً ، وحماية لحق الإنسان في الدفاع عن نفسه وهو في حالة الكرب الناشئة عن اتهامه بجريمة ، وطلباً لتخفيف العقاب عليه في حدود الضوابط الموضوعة لذلك .

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني – جـ ٨١ – ص ٣٠٥ .

(٢) في هذا المعنى : المرجع نفسه – ص ٦٦ – لسان الحكام لابن الشحنة – ص ٢١٩ ، مع معين الحكام – الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣م .

(٣) تبصرة الحكام– السابق – ص ٦٥ .

(٤) سورة النساء – من الآية ١٠٥ ، وأحكام القرآن لابن العربي – جـ ١ – ص ٤٩٨.

(و) الترجمان والخبراء :

والترجمان هو الذى يترجم للقاضى أقوال من لا يعرف لغته من الخصوم، ولذلك يشترط فيه أن يكون عدلاً أميناً ، حتى لا يستغل عدم إلمام القاضى باللغة الأجنبية ويضلل العدالة ، وقد تعلم زيد بن ثابت لغة اليهود ، بإرشاد من النبى - صلى الله عليه وسلم - وقال أبو جمرة : كنت أترجم بين ابن عباس وبين الناس[1]".

وأما الخبراء ، فإنهم أهل الخبرة ممن يستعين القاضى برأيهم في الخصومات ذات الصبغة الفنية في الطب أو الهندسة ، أو الحساب، أو الصناعة أو الزراعة ، ومنهم القاسم الذى يقسم العقارات ويضع الحدود ، أو ما يعرف بالمساح في عصرنا وأمثاله [2].

وهؤلاء الأعوان ينعزلون تلقائياً إذا فقدوا العقل أو اعتراهم من الأمراض ما يحول دون قيامهم بواجبات وظيفتهم ، أما إذا ارتشوا أو خانوا بالتزوير وإخفاء المستندات أو ضللوا العدالة ، فإنهم ينعزلون وجوباً وينزل بهم العقاب الجنائي الملائم .

(٢) نظام الجلسات وإصدار الأحكام :

وهناك جملة من الأحكام الفقهية المتصلة بانعقاد الخصومة وزمانها ومكانها ، وعلانية الجلسات ، وتسبيب الأحكام ، والرقابة الموضوعية بالتقاضى على درجات ، والرقابة الشخصية على القضاة وأعوانهم ، ويحسن بيان ذلك :

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى - جـ ٨ - ص ٣١٧ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردى - ص ٢٥٤ - تبصرة الحكام - السابق - ص ٢٩٢ .

(أ) إنعقاد الخصومة وزمانها ومكانها :

يجب أن تنعقد الخصومة بإعلان المدعي عليه وإعلامه بمضمون الدعوى، وزمان الجلسة ومكانها ، حتى يكون مستعداً للدفاع عن نفسه ورد دعوى المدعي ، وذلك لما روى أنه – عليه الصلاة والسلام – قال : " يا على إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء(١)" .

ولا شك أن انعقاد الخصومة يقتضى – بداهة – إعلان المدعي عليه بمكان المحكمة وزمان الجلسة التى ستنعقد لنظرها (٢).

(ب) علانية الجلسات :

والأصل أن تنعقد الجلسة علنية ، ليكون الناس على ثقة في القضاء ، وليراقبوا ما يجرى في المحاكمة ، فيكون ذلك أدعى للتجرد والموضوعية والحياد ، ولكى يجلس القاضى مع الفقهاء للتشاور معهم في الحكم الملائم ، ولأن العلانية تحقق الردع والزجر ، والعلانية متروكة لتقدير القاضى واختياره، فإذا رأى أن تكون الجلسة سرية لدواعى المصلحة العامة ، أو الخاصة فله ذلك(٣)، ومما يرجح وجوب ذلك ما ورد في السنه من أنه – صلى الله عليه وسلم – قال : " ما من إمام أو وال يغلق بابه دون ذوى الحاجة والخلة والمسكنة إلا أغلق الله أبواب السماء دون خلته وحاجته ومسكنته " (٤) .

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذى ، راجع : نيل الأوطار – السابق – ص ٣٠٩ .

(٢) راجع في مكان المحاكمة ، المغنى لابن قدامه – جـ ١١ – ص ٤٨١ ، وفي تحديد زمانها : الأحكام السلطانية للماوردى – ص ٧٣ وما بعدها ، وفي الاختصاص القضائي عموماً ، د. جمال المرصفاوي – السابق – ص ٧٤ وما بعدها ، مغنى المحتاج – جـ ٤ – ص ٢٩٠

(٣) د. جمال المرصفاوى – المرجع نفسه – ص ١١١ .

(٤) نيل الأوطار للشوكانى – جـ ٨ – ص ٣٠١ .

(ج) تسبيب الأحكام :

الحكم نتيجة مبنية على أسباب ، ولهذا يجب بيان أسباب الحكم حتى يسهل ذلك مراقبة وبيان مدى صحته ، ويجب أن تكون الأسباب قوية ومدعمة بالأدلة التى تقوى بها على حمل النتيجة المترتبة عليها وهي الحكم ، ولما في التسبيب من ضمان حقوق المحكوم عليهم ، حتى يتسنى لهم الطعن على الحكم، وفقهاء الشريعة وإن كانوا لم يوجبوا تسبيب الأحكام إلا أن ذلك من الأمور الاجتهادية التى تمليها المصلحة العامة [١].

(د) التقاضى على درجات :

من شان التقاضى على درجات أن يتيح الطعن في الأحكام وتمحيص صدورها ، ولهذا أقره الإسلام وجاء في رسالة عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – إلى أبي موسى الأشعري : لايمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه رأيك ، وهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شيىء، ومراجعة الحق خير من التمادى في الباطل ، وقد فعل عمر ذلك بنفسه في المسألة الحجرية ، فاختلف حكمه الأخير فيها عن الأول ، ولما روجع فيه قال : ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضى [٢].

ولهذا تجوز المعارضة في الحكم واستئنافه ونقضه ، والتماس إعادة النظر فيه إذا كان قد استنفد طرق الطعن المقررة [٣]، والنقض لا يتقرر إلا في حالة مخالفة الحكم للإجماع أو القواعد العامة أو النص الجلى، أوالقياس، وذلك ما لم يكن لها معارض راجح عليها ، أما إذا كان لها معارض راجح فلا تنقض

---

(١) المرجع نفسه – ص ١١٢ .

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم – جـ ٤ – ص ١٩٤ .

(٣) د. جمال المرصفاوى – السابق – ص ١٥٠ وما بعدها ، والمراجع الفقهية المشار إليها فيه ، معين الحكام للطرابلسى – ص ٣١ وما بعدها .

الحكم إذا كان وفق معارضها الراجح إجماعاً [1]، ويجوز أن يكون نقض الحكم من الحاكم ، ومن المحكوم عليه [2].

(هـ) التفتيش على القضاة :

وفي التشريع الإسلامي ؛ يجب على الوالي أن يتفقد أحوال القضاة من جهة أقضيتهم ، وصحة الأحكام التى يصدرونها ، كما يتفقد سيرتهم الشخصية وسمعتهم ، وعليه أن يسأل الثقات عنهم ممن لا يتهمون ولا يخدعون ، وإذا ظهر الشك في قاضى ولم يعرف حاله سال عنه ، فإن ظهر له أنه مستقيم أبقاه، وإن ظهر له الحق فيما شكى منه عزله ، ولا يجوز له أن يعزل من عرف بالعدالة والرضا إذا اشتكى منه وإن وجد له عوضاً ، يجب أن يكون التحرى عنه سراً ومن ثقة لايكذب[3]، ويحرم على القاضى قبول الهدية ، وعدم الاستجابة للدعوة الخاصة التى لا يزيد عدد المدعوين فيها عن الحد الذى يخشى عليه من خصوصية الدعوى ، ويجوز قبول الدعوى العامة للأمان من التهمة ، كما يحظر عليه ممارسة الأعمال التجارية لأنها تقوم على المساومة وتلمس الربح ، والقاضى يجب أن يكون موفور الكرامة محفوظاً من ألسنة الناس ، كما يحظر عليه نظر قضايا أقاربه أو من يقبل شهادته له لما في ذلك من تهمة الميل ، وليحذر من إبداء الرأى سابقاً لما يعرض عليه من القضايا[4]، ولا يجوز أن تتقاصر الرقابة أو يقعد التفتيش عن ملاحقة أعوان القضاة ، فإن الأمانة ركن رئيسى في عملهم ، وإذا خرجوا عليها بطل عملهم .

---

(١) المرجع نفسه – ص ٢٩ .

(٢) المرجع نفسه – ص ٣٤ .

(٣) المرجع نفسه – ص ٣٢ .

(٤) د. جمال المرصفاوي – السابق – ص ١١٦ وما بعدها .

ثانياً : الاختصاص القضائي :

يجب أن يحدد اختصاص كل قاض على نحو يكون حكمه صحيحاً فيما صدر فيه ، وحتى يكون حكمه صادراً من أهله ومضافاً إلى محله، فمن لا ولاية له لا يسرى حكمه على غير ولايته ، ولهذا يتعين تحديد الاختصاص زماناً ومكاناً (١)، كما يتقيد حكم القاضى بالزمان والمكان والحادثة (٢)، ويفرق الماوردى بين الولاية العامة التى تسرى أحكام القاضى فيها على جميع المناطق ، والولاية الخاصة التى لا تسرى أحكام القاضى فيها إلا في منطقة معينة (٣)، كما يجوز أن يكون الاختصاص بنوع معين من القضايا ، أو بنصاب محدد من المال ، فقد روى عن عبد الله بن الزبير قال : " لم يزل الأمراء عندنا يستقضون قاضياً على المسجد الجامع ، يسمونه قاضى المسجد يحكم في مائتى درهم وعشرين ديناراً فما دونها ، ويفرض النفقات ولا يتعدى موضوعه إلى غير ما قدر له (٤)" ، ويجوز أن يقتصر القضاء على قضية معينة (٥)، كما يجوز المنع من سماع بعض الوقائع والحوادث على نحو ما يعرف بمسائل السيادة التى لا يجوز للقضاء نظرها (٦)، كما ينعقد الاختصاص بالزمان فيكون للقاضى أن ينظر في قضايا يوم معين ، كيوم السبت أو الأحد أو الاثنين - مثلاً- ، فلايجوز أن يقضى في غير اليوم المحدد له ، وإذا خرج يومه لم تزل ولايته لبقائها على أمثاله من الأيام، وإن كان ممنوعاً من النظر فيما عداه (٧)، كما يجوز أن يكون لختصاص القاضى مقتصراً على بعض الأشخاص دون بعض ،

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم – ص ٢٣٩ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – جـ ٤ – ص ١٣٤ وما بعدها .

(٣) الأحكام السلطانية – ص ٧٠ ، وما بعدها .

(٤) الأحكام السلطانية – ص ٧٣ .

(٥) المرجع نفسه .

(٦) تبصرة الحكام – جـ ١ – ص ٢٢ ، وفتح القدير – جـ ٥ – ص ٥٥ .

(٧) الأحكام السلطانية – ص ٧٣ وما بعدها .

كالرجال دون النساء ، أو النساء دون الرجال ، وتخصيص قاضى للأحداث ، أو قاضى لأهل الذمة [1]، وبهذا يتبين أن الاختصاص يشمل النوع والزمان والمكان والقيمة والأشخاص ، وذلك من شأنه أن يؤدى إلى حسن سير العدالة، وصلاحية النظام القضائى الإسلامي للتطبيق المعاصر .

المبحث الرابع

القانون الدولى الخاص

في التشريعين الوضعى والإسلامي

المطلب الأول

تنظيم العلاقات ذات العنصر الدولى في القانون

يمكن تعريف القانون الدولى الخاص ، بأنه : مجموعة القواعد التى تحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبى ، أو هو القانون الذى يبين القانون الواجب التطبيق على علاقة خاصة ذات عنصر أجنبى، ومدى اختصاص القضاء الوطنى بنظرها[2].

إن نشاط الفرد لم يعد قاصراً على النطاق الذى يعيش فيه، أو على الدولة التى يحيا فيها ، ولكن هذا النشاط جاوز حدود الأوطان، وكثرت ظاهرة انتقال الأشخاص من دولة إلى أخرى ، ومن ثم نشأت جملة من الروابط المتميزة عن تلك التى تتم داخل حدود الوطن بوجود عنصر أجنبى فيها ، وهنا تكون مهمة

---

(١) المرجع نفسه .

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٨٥، د. أحمد سلامة – فقرة ٢٣، د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٨، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ٤٦.

القانون الدولى الخاص تحديد المحكمة المختصة ، والنظام الذى يجب تطبيقه فى كل نوع من أنواع هذه العلاقات[1].

فإذا باع مصرى لمواطن آخر فى مصر عقاراً موجوداً فيها، كانت العلاقة الناشئة عن هذا البيع وطنية فى كل عناصرها ، ومن ثم لا نكون بصدد الحاجة إلى إعمال قواعد القانون الدولى الخاص .

أما إذا تضمنت العلاقة التى ثار النزاع حولها عنصراً أجنبياً ، بأن كان أحد طرفيها أجنبياً ، أو أن العلاقات نشأت فى بلد أجنبى ، أو أن موضوع العلاقة كان موجوداً فى بلد أجنبى ، فإن قواعد القانون الدولى الخاص هى التى تحكم هذا النزاع وتتكفل ببيان المحكمة المختصة بنظره ، وهل هى المحكمة الوطنية ، أو المحكمة الأجنبية. كما تبين النظام الواجب التطبيق ، وهل هو القانون الوطنى أم القانون الأجنبى[2].

موضوعات القانون الدولى الخاص:

ومن خلال تعريف القانون الدولى الخاص، يبدو أن هناك موضوعين أساسيين يختص بهما ، وهذان الموضوعان هما : تنازع القوانين ، وتنازع الاختصاص ، ويلحق بعض الشراح بهذين الموضوعين ، مركز الأجانب ، أى تحديد مدى ما يمكن أن يتمتع به الأجنبى من حقوق فى الدولة، وما يجوز أن يفرض عليه من تكاليف ، ثم موضوع الجنسية، ويلحق به الموطن الدولى للشخص .

ويلاحـظ أن القانون الدولى الخاص ، هو قانون وطنى بحت ، رغم تلك التسـمية الـتى قد توحى بأنه غير وطنى ، لأن القاضى المصرى يلتزم بأحكام

---

(١) المراجع السابقة – نفس المكان .

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٨٢ وما بعدها .

القانون الدولي الخاص المصرى أما وصفه بأنه دولى ، فمرده إلى دخول العنصر الأجنبى أو الدولى فيه .

مصادر القانون الدولى الخاص :

وللقانون الدولى الخاص مصادر متعددة منها التشريع الوطنى المصرى ، ومنها المعاهدات والعرف ، والمبادئ السائدة تشريعاً وفقهاً، ونبين ذلك :

(١) التشريع الوطنى المصرى :

يعتبر التشريع الوطنى المصرى المصدر الأول للقانون الدولى الخاص، فقد أوردت المجموعة المدنية المصرية أحكاماً لتنازع القوانين فى الباب التمهيدى (المواد من ١٠ إلى ٢٨) ، أما ما يتعلق بقواعد تنازع الاختصاص القضائى ، فقد وردت فى قانون المرافعات المدنية والتجارية .

(٢) المعاهدات :

والى جانب التشريع الوطنى ، توجد المعاهدات كمصدر من مصادر القانون الدولى الخاص ، ذلك أنه كثيراً ما تتفق دولتان أو أكثر على وضع حل لمسألة تنازع القوانين والاختصاص أو تنفيذ حكم القضاء الصادر من إحدى محاكمها فى دولة أخرى طرف في المعاهدة.

(٣) العرف :

وإذا لم يجد القاضى نصاً مكتوباً أو معاهدة، فلن يكون أمامه بد من اللجوء إلى العرف وهذا العرف ، قد يكون داخلياً ، أى نشأ واستقر داخل الدولة، وقد يكون دولياً أى مستقراً فى عدد من الدول بشأن مسألة من المسائل.

(٤) المبادئ المستقرة تشريعاً وفقهاً :

وهى تلك المبادئ المسلمة فى الفقه والتشريع عند كثير من الدول الأجنبية ، أو التى يمكن استنباطها من خلال دراسة قوانين الدول المختلفة،

وقد أشارت إليها المادة (٢٤) مدنى ، بقولها : " تتبع فيما لم يرد بشأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين ، مبادئ القانون الدولى الخاص" ، وعلى هذا النحو تتحدد مصادر القانون الدولي الخاص ، كما تتحدد أنواع القانون التي يجب على الطالب الإلمام بها .

المطلب الثاني

تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبى

في التشريع الإسلامي

مما لا خلاف فيه أن غير المسلم الذى يقيم في بلاد المسلمين بصفة دائمة ، ويلتزم بالنظم الإسلامية في المعاملات ، يحمل جنسية الأمة الإسلامية ، ويعتبر واحداً من أفرادها له ما للمسلمين وعليه ما عليهم، وهذا الأمر وإن كان محل اتفاق بين الفقهاء إلا أنهم اختلفوا في الأساس الذى تمنح به الجنسية ، فذهب رأى إلى أن ذلك الأساس هو الالتزام بأحكام الإسلام ، أو بناء على الإقامة في دار الإسلام (١)، بينما ذهب رأى ثان إلى أن الأساس هو عقد الذمة، فإنهم بها صاروا من أهل دار الإسلام (٢)، ويكتسب الولد جنسية أبيه ، كما تكتسب الزوجة جنسية زوجها .

وإذا كان غير المسلم يتمتع بوحدة المواطنة على الأرض الإسلامية مع المسلم ، فإن وحدة المواطنة تقتضى وحدة المراكز القانونية ، ولهذا استقر الرأي في الفقه الإسلامي على أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم (٣)، إلا

(١) بدائع الصنائع للكاسانى – جـ ٢ – ص ٣١١ ، عبد القادر عوده – التشريع الجنائي الإسلامي – جـ ١ – ص ٣٠٧ .

(٢) المبسوط للسرخسى – جـ ١٠ – ص ٨١ .

(٣) بدائع الصنائع – جـ ٧ – ص ٣٤١ ، فتح القدير – جـ ١ – ص ٣٥٥ .

أنهم في نطاق المعاملات المستمدة من أحكام ديانتهم يستقلون بتطبيق هذه الأحكام على تلك المعاملات ، وذلك كما في مسائل الأحوال الشخصية حيث تسرى عليهم أحكامهم الدينية إذا اتحدوا في الطائفة والملة والديانة ، ولم تتضمن هذه الأحكام ما يخالف النظام العام ، أو المبادئ التى يقوم عليها نظام الزواج في المجتمع ، فإذا اختلف الزوج والزوجة ، فإن الاختصاص ينعقد للتشريع الإسلامي ، وذلك حلاً للنزاع وتوحيداً للمراكز القانونية بين أبناء الوطن الواحد في المسائل المتناظرة ، تحقيقاً للعدل وقصداً لحصول المساواة بين جميع المواطنين ، وفقاً لما ينص عليه الدستور .

وأما المستأمن أو الأجنبى الذى يدخل بلاد الإسلام لفترة مؤقتة ، ولم يكن مقيماً فيها بصفة دائمة ، فإنه في فترة الإقامة يتمتع بكافة حقوق الإنسان ، فله أن يحمى في حياته وحله وترحاله ، وله حق حرية العقيدة والتعليم والعمل والتجارة وحرمة المسكن ، كما يكون له حق العودة إلى بلده إذا أراد ، ما لم يكن مطلوباً في غرم أو قضية ، وللمستأمنين حق تملك العقار والمنقول ، بل إن لهم أن يتملكوا دار المسلم بحق الشفعة (١)، وإذا قدموا إلينا بأمان ومعهم مسلمون غنموهم منا ، فإنهم لا ينزعون منهم ، ولهم العودة بهم إلى بلادهم ، أو ينزعون منهم بالقيمة وليس بالاغتصاب ، وهو اختيار ابن القاسم من المالكية ، وما عليه أصحاب مالك ، وبه العمل (٢).

وإذا توزعت عناصر الرابطة القانونية بين دار الإسلام ودار الحرب ، فقد اختلف الفقهاء في صحة التصرف ولزومه في الزواج والنفقات ، والبيع والشراء والوقف والميراث إلى رأين بارزين :

---

(١) شرح السير الكبير – جـ ٤ – ص ١١٨ .

(٢) شرح الخرشى – جـ ٣ – ص ١٢٧ .

أولهما : يرى جواز التصرف ولزومه مع اختلاف الدارين ، لأن الحق أحق أن يتبع في كل وقت ومكان ، ومن ثم فلا يجوز أن يكون اختلاف المكان مضيعاً له .

ثانيهما : يرى عدم جواز التصرف لاختلاف الدارين ، لأنه يمنع الولاية والنصرة التى يستطيع بهما صاحب الحق أن يحصل على حقه ، ومن ثم فإن التصرف مع القول بجوازه لن يكون مجدياً من الوجهة العملية، وسيكون نوعاً من العبث الذى لا يوصل إلى فائدة .

والذى يترجح لدينا هو الرأى الأول ، وذلك لأن مبنى تقسيم الدار إلى دار إسلام ودار حرب ، راجع إلى اجتهاد الفقهاء في زمان معين كان الإسلام يواجه فيه قوى عالمية تريد منع انتشاره ، أما وقد انتشر الدين وأصبح العلم به متاحاً للكافة ، ولهم حق الدخول فيه أو عدم الدخول ، وقد تطور مفهوم العلاقات الدولية على أساس المعاهدات التى تربط بين كافة دول العالم وفي ظل المساواة بينها في الحقوق والواجبات ، وما تفرضه الأعراف الدولية من وجوب المحافظة على تلك العهود وعدم الخروج عليها ، يكون من الأوفق والملائم لفقه النوازل في عصرنا ، أن تكون دار الحرب دار عهد تتساوى فيها الدول في الحقوق والواجبات ، ومن ضمن تلك الحقوق : الحقوق الخاصة بأفراد شعب أي دولة في ذمة الدولة الأخرى ، لكن تبقى مشكلة سريان التشريع خارج دولته ، بما تمثله من مساس بسيادة الدولة الأخرى التى يطلب سريانه فيها ، وهذه المسألة يمكن أن يتيسر حلها على ضوء الاتفاقات المبرمة، أو المبادئ المقررة ، ومنها مبدأ المعاملة بالمثل الذى تطبقه معظم الدول .

الباب الثالث

مصادر التشريع في الفقهين الإسلامي والوضعى

الفصل الأول

مصادر القانون

يقصد بمصادر القانون ، الأصل الذى استقى القانون منه موضوعه ومادته ، وهذا يفترض وجود عدة عوامل مختلفة ، منها ما هو اجتماعى ، أو اقتصادى أو سياسى أو دينى ، وهذه العوامل مجتمعة من شأنها أن تشارك فى خلق قاعدة معينة تدعو الحاجة إلى وضعها، تسمى القاعدة القانونية ، ويوصف المصدر فى هذه الحالة بأنه مصدر مادى أو موضوعى ، أو حقيقى ، فهذه المصادر تعتبر بمثابة المادة الأولى التى تساهم فى تشكيل القاعدة القانونية وتكوينها[1]، وقد يقصد بالمصدر هنا ، الأصل التاريخى أو المصادر التاريخية .

وقد استمد المشرع المصرى قواعد كثيرة من الشريعة الإسلامية، فهى تعتبر مصدراً تاريخياً له ، كما استمد القانون الفرنسى بدوره أحكاماً كثيرة من القانون الرومانى الذى يعد مصدراً تاريخياً للقانون الفرنسى ، وللقانون المصرى - كذلك - فى الحدود التى أخذ فيها عن القانون الفرنسى .

وقد يقصد بمصدر القانون المصادر التفسيرية ، وفى هذا الإطار يعتبر كلاً من الفقه والقضاء مصدراً تفسيرياً لقواعد القانون ، وما تزال السوابق القضائية معتبرة من قبيل المصادر الرسمية للقانون حتى اليوم فى النظام الأنجلوسكسونى .

---

(١) د. سليمان مرقس – ص ١٥، د. حسن كيرة – فقرة ٦٤، د. منصور مصطفى منصور – ص ٩٥ وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٧٨، د. شمس الدين الوكيل – ص ١٠٩ ، د. عبد الرازق فرج – ص ٣٩.

وقد يستقى المشرع المادة القانونية مما استقر عليه العمل فى المحاكم ، وما ترجح من آراء الفقهاء ، وهذا واضح فى التقنين المدنى المصرى الحالى ، فقد أخذ المشرع المبادئ التى قررها القضاء فى الملكية الشائعة ، وقسمة المهايأة وحقوق الارتفاق ، والتزامات الجوار ، والتعاقد بالمراسلة ، وغيرها من المبادئ ، مما استقر عليه القضاء .

الشريعة الإسلامية مصدر تاريخى لكافة النظم القانونية :

ومن الإنصاف والعدل أن نعطى الشريعة الإسلامية حقها ، لأنها تعتبر حتى الآن ، وستظل كذلك إن شاء الله إلى يوم الدين هى أقدم تشريع موثق ومنضبط على ظهر الأرض ، حيث لا يوجد قانون أو تشريع قد نقل إلى الناس موثقاً محفوظاً من التغيير والتبديل مثل تلك الشريعة الغراء التى حفظها الله كما حفظ أحكامها بحفظه لكتابه المبين الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، ومن المعلوم – أيضاً – أن كافة القوانين المعمول بها على ظهر الأرض أقل تاريخاً من التشريع الإسلامى الذى قارب عمره ألفاً ونصف ألف عام ، وكل التشريعات الوضعية دون هذا التاريخ بكثير ، وربما لم يصل عمرها إلى مقدار نصفه أو ربعه، ولا يمكن إنكار أن التشريعات تتأثر ببعضها، وأن اللاحق يقتبس من السابق ويأخذ منه ، فإذا وجد بينهما بعض التشابه فى الأحكام يكون التشريع السابق هو المنقول عنه، والتشريع اللاحق هو الناقل .

لما كان هذا ، وبإنزال ما تقدم على واقع التشريعات المعاصرة، نجد أن ثمة تشابهاً بينها وبين الشريعة الإسلامية فى بعض المسائل التشريعية، فمثلاً ، النظام القانونى الاشتراكى أخذ من الشريعة الإسلامية، فكرته المعروفة عن حدود استعمال الملكية ، وأنها يجب أن تتقيد بعدم الإساءة فى استعمالها إلى حقوق الغير، وقد تم اقتباس تلك الفكرة من الشريعة الإسلامية ، بعد أن تم

تطويرها وصياغتها على النحو الذى قال به هذا الاتجاه ، وهو أن يكون للملكية وظيفة اجتماعية .

وفى النظام الجرمانى نجد فكرة المصلحة ، أو النظرية الموضوعية فى الالتزام ، وبمقتضاها لا يشترط لقيام المسئولية على الشخص أن يكون مميزاً ، فإذا أتلف قاصر مالاً ، أو حتى إذا تلف المال من غير شخص عاقل مدبر، فإن الذى يعنى هذا الاتجاه هو تعويض المال الذى تم الإضرار به ، أو جبر الخسارة التى حدثت ، وإذا كان الخطأ يقتضى فى معظم النظم عنصراً مادياً، وعنصراً معنوياً هو التمييز ، وأن هذا العنصر المعنوى إذا فقد لا يقوم الخطأ ، فإن هذا الكلام لا يسرى عند أصحاب النظرية الموضوعية ، ولا يتفق مع المنطق الفكرى الذى تقوم عليه ، لأن المقصود هو جبر الضرر الذى حصل بصرف النظر عن تمييز الفاعل أو عدم تمييزه ، وهذه الفكرة مأخوذة مما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية لمساءلة الصغير فى ماله إذا أتلف مالاً ، أو من خلال تكليفه بالعبادات المالية ومنها الزكاة ، حيث تجب فى مال الصغير على الرأى الراجح فى الفقه الإسلامى .

والنظام اللاتينى أخذ من التشريع الإسلامى الشكل وكثيراً من الموضوعات ، ففيما يتعلق بالشكل نرى أنه قد أخذ من الفقه الإسلامى طريقة الاستنباط المستفادة من شرح النص لبيان دلالته على المطلوب، وأخذ الحكم الشرعى فيه ، وهذه الطريقة ذاتها هى المعروفة فى النظام اللاتينى بفكرة (الشرح على المتون) التى التزمت بها مدارس التزام النص، والتى هى نتاج طبيعى لحركة التقنين التى سادت فى عهد نابليون حين أراد أن يقضى بها على تعدد النظم القانونية فى فرنسا[١].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ١١٧.

ولم يقتصر الأمر على الشكل والمنهج ، ولكنه أخذ كثيراً من الموضوعات عن التشريع الإسلامى ، وذلك مثل نظرية البطلان ، ونظرية الظروف الطارئة ، وفسخ العقد ، وغير ذلك من الموضوعات ذات الأصول المعلومة في التشريع الإسلامى .

والنظام الأنجلوسكسونى وإن كان مصدره الأساسى القضاء ، أو السوابق القضائية التى تكون المصدر الأساسى فيه، حيث نشأ القانون الإنجليزى نشأة عرفية ، إلا أنه قد حاد عن ذلك من خلال بعض الأعمال الفقهية لعدد من الفقهاء الإنجليز منهم الأستاذ (دايسى) ، والسير (جيمس ستيفن) ، والأستاذ (جنكز) وغيرهم ، بيد أن هذه الأعمال لا تعدو أن تكون عملاً خاصاً لهؤلاء الفقهاء وليست بذات صفة رسمية[1]، ومع ذلك فإنها قد جاءت متأثرة بالمنهج الذى سار عليه التشريع الإسلامى ، وأخذه عنه الاتجاه اللاتينى .

ولم يقتصر الأمر على ذلك الاقتباس المحدود من المنهج ، ولكنه تعدى إلى بعض الموضوعات المأخوذة عن الفقه الإسلامى ، وذلك مثل فكرة الدين كوصف تشغل به الذمة ، وفكرة الوصية لما بعد الموت وتأقيت المنفعة ، وغير ذلك من الموضوعات التي سبق إليها الفقه الإسلامى .

ولذلك فإن الإنصاف يقتضى أن نقرر ما يلى :

أولاً : أنه إذا كان التشريع الإسلامى هو الأسبق فى الوجود والنشأة من كافة النظم القانونية الموجودة على ظهر الأرض ، يكون التشابه الحاصل بين بعض تلك النظم وما هو مقرر فى التشريع الإسلامى ناشئاً عن الأخذ منه ، وهذا حق يتعين الاعتراف به .

ثانياً : أن اقتباس تلك النظم من التشريع الإسلامى ، فيه دليل على مدى قدرة التشريع المقتبس منه على علاج الحالات الملحة ، والتى لولا إلحاحها

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – المدخل للعلوم القانونية – ص ١٦٨ وما بعدها.

على حاجات المجتمع ما وجد نفسه مضطراً للاستعانة بها ، وهذا فى جملته يعتبر شهادة حق للتشريع الإسلامى ، وفيه دلالة على صلاحيته لكل زمان ومكان وقدرته على حكم تصرفات الناس أجمعين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

وإذا كان المصدر الرسمى هو الوسيلة التى تخرج بها القاعدة القانونية إلى الأشخاص وتكتسب صفة الإلزام ويصبح تطبيقها أمراً واجباً، فإن هذه المصادر الرسمية قد أشارت إليها المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى بقولها : "١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص ، ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة " .

ومن هذا النص يبدو أن التشريع هو المصدر الرسمى الأول للقواعد القانونية ، ويتعين على القاضى حين يقوم بتطبيق القانون ، أن يرجع إليه أولاً، فإذا لم يجد نصاً تشريعياً فإنه يرجع إلى العرف ، فإذا لم يجد فإن عليه أن يلجأ إلى قواعد الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يجد فعليه أن يحكم وفق مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

وعلى هذا فإن مصادر القانون الرسمية وفقاً لهذا الترتيب الذى أورده المشرع المصرى تتمثل فيما يلى :

أولاً : التشريع .

ثانياً : العرف .

ثالثاً : مبادئ الشريعة الإسلامية .

رابعاً : مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

خامساً: الفقه والقضاء كمصدرين تفسيريين للقانون المصرى.

وسوف نقوم ببيان كل مصدر منها وفقاً للترتيب السابق ، على أن نخصص لكل مصدر مبحثاً .

المبحث الأول

التشريع

كان التشريع – ولا يزال – هو الأداة الاجتماعية ذات القدرة على مواكبة التغيرات والتطورات المستجدة فى حياة الناس، حيث تتوافر فيه الخصائص التى تجعل منه وسيلة فعّالة فى هذا المضمار ، ليسر صناعته وسرعة إصداره مع احتوائه على المميزات الذاتية التى تحدد مضمونه ، وتكشف عن المقصود من عباراته ، وذلك من شأنه أن يسهل الاحتكام له ، وشمول الحالات المستجدة فى حياة الناس بوجوه الحماية التى يتضمنها ، ووسائل الدفاع التى يقررها ، وربما كانت السرعة فى إصدار التشريع ، مع تحديد مضمونه ووضوح عباراته فى مجال التطبيق ، هى إحدى مميزاته التى يتسم بها ، والتى جعلت له أهمية خاصة فى مواجهة التغيرات السريعة والمتلاحقة فى حياة المجتمع ، سيما فى مجال الحماية الجنائية التى لا تتحدد المسئولية فيها عند الإسناد إلا من خلال نص يحدد الجريمة المرتكبة والعقوبة المقررة لها .

وسوف نبين فى هذا الفصل مدى دور التشريع فى ظل التطورات والمستجدات الحديثة ، وذلك بالتطبيق على بعض الظواهر المستجدة فى حياة المجتمع مثل أمراض الإيدز ، والاستنساخ ، وغسيل الأموال ، وجرائم المعلومات ، وذلك كما يلي :

المطلب الأول

مفهوم التشريع وأهميته فى مواجهة الواقع

الفرع الأول

مفهوم التشريع وخصائصه

المقصد الأول

مفهوم التشريع فى اللغة والإصطلاح

التشريع لغة سن القوانين[١] ، وهو من شرع ، أى سنّ ، أى ما سنّه الله لعباده ، والشارع هو واضع الشريعة ، وهى أى الشريعة ، ما شرعه الله لعبادة من العقائد والأحكام[٢].

وفى اصطلاح الفقهاء : يطلق ويراد به التجميع الرسمى من جانب المختصين بالدولة للنصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون[٣]، وعملية التجميع هذه تسمى بالتقنين ، وهو اسم للوثيقة الرسمية الجامعة التى تضم مجموعة النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون كالتقنين المدنى ، وتقنين العقوبات ، والتقنين التجارى، ومن الأفضل – منعاً للخلط – قصر اصطلاح التقنين على الوثيقة الرسمية الجامعة وحدها ، واصطلاح عملية التقنين على عملية التجميع الرسمى نفسها .

وإذا كان التجميع عملاً رسمياً من جانب الدولة ، يستهدف وضع النصوص التى تعالج موضوعاً واحداً فى مجموعة خاصة به فيكون تشريعاً

(١) المعجم الوجيز – ص ٣٤٠، ومختار الصحاح – ص ٣٣٥ – طبعة دار الفكر.

(٢) المعجم الوجيز – المكان نفسه، مختار الصحاح – المكان نفسه.

(٣) د. حسن كيرة – المدخل إلى القانون – ص ٢٦٠ – طبعة دار المعارف بالإسكندرية ١٩٩٣.

جامعاً له ، فإنه لا يطلق على أى تجميع غير رسمى، قد يقوم به بعض الكتاب أو الفقهاء لبعض قواعد القانون المتفرقة ، ولو كانت تمس نفس الموضوع الذى يعالجه التشريع الخاص ، إذ أن مثل هذا التجميع لا يعدو أن يكون مجرد عمل فقهى أو فكرى ، بحيث لا يرتفع إلى مرتبة التشريع الجامع المتمثل فى التقنين[١].

وعملية التقنين هذه تمثل ضرورة يقتضيها تقدم المدنية ، ونشاط حركة التشريع نشاطاً كبيراً ، لا يؤمن مع وفرته التعارض والتضارب بين نصوص التشريع المتناثرة ، فيحتاج الأمر إلى جمع ما يخص من هذه النصوص كل فرع مستقل من فروع القانون فى وثيقة واحدة جامعة، تحقق التناسق بين النصوص وترفع التعارض بينها ، وتيسر الرجوع إليها بما تحصر وتركز من مظان البحث ، وقد أصبح التقنين اليوم فى العصر الحديث أداة لتأكيد ما تبلغه الجماعة من وحدة سياسية، بل أصبح – كذلك – مظهراً للاستقلال الوطنى تفتتح به الجماعات المتحررة حياتها عقب التخلص من الأنظمة الاستعمارية[٢].

المقصد الثانى

خصائص التشريع

يبدو من تعريف التشريع ؛ أنه يتمثل فى قيام سلطة عامة مختصة فى الدولة بالتعبير عن القاعدة القانونية ، والتكليف بها فى صورة مكتوبة ، أو هو قيام هذه السلطة بصياغة القاعدة القانونية صياغة فنية مكتوبة ، وإعطائها قوة الإلزام فى العمل ، وعلى هذا النحو يقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية تصدر فى وثيقة رسمية مكتوبة، عن سلطة عامة مختصة فى الدولة ، ومن هنا يتميز

---

(١) د. حسن كيرة – المرجع السابق – ص ٢٦٠ وما بعدها.

(2) Ripert et Boulanger: Traité de droit civil d'aprés le Traité de planio L,T,1, No, 321, 1956.

التشريع بأنه يضع أولاً : قاعدة قانونية مكتوبة ، وأنه ثانياً : تصدره سلطة عامة مختصة ، وأنه ثالثاً : يمكن إصداره سريعاً ، ومن ثم تتحدد خصائص التشريع على النحو التالى :

(١) التشريع مقرر لقاعدة قانونية مكتوبة :

ومفاد ذلك : أن التشريع يضع قاعدة ملزمة للسلوك عامة ومجردة ، ولذلك لا يعتبر تشريعاً أو قاعدة تشريعية، الأمر الذى يصدر عن سلطة عامة مختصة فى الدولة خاصاً بشخص معين بذاته ، أو متعلقاً برابطة أو واقعة معينة بذاتها ، لأن مثل هذا الأمر – وإن صدر عن سلطة عامة مختصة بإصداره – لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك، إذ لا يتوجه إلى طائفة غير محدودة من الأفراد يتعين من يدخل فيها بصفته ، لا بذاته ، ولا إلى طائفة غير متناهية من الروابط، أو الوقائع يتحدد فيها الدخول بشروط معينة ، فالتشريع إذن – وهو تعبير عن القاعدة القانونية وإلزام بها – ينبغى أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانونية التى سبق بيانها[١].

وهنا تجدر التفرقة بين التشريع بالمعنى الشكلى ، وبين التشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى[٢] ، فالحكم الذى يصدر فى صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية ، يعتبر تشريعاً من الناحية الشكلية ، ولو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية ، بينما لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية على الأحكام التى تتخلف فيها خصائص القاعدة القانونية ، رغم صدورها عن السلطة التشريعية ، وواضح أن اعتبار التشريع مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية ، لا يمكن أن يؤخذ بهذا الوصف إلا بمعنييه الشكلى والموضوعى[٣].

---

(١) د. حسن كيرة – المرجع نفسه – ص ٢٢٨.

(2) Ripert et Boulanger, Op. Cit, No, 198.

(٣) د. حسن كيرة – المرجع نفسه – ص ٢٢٩، د. عبد الحى حجازى – المدخل لدراسة القاعدة القانونية – ص ٢٥١ وما بعدها – المطبعة العالمية ١٩٦٦.

والقاعدة التشريعية قاعدة مكتوبة ، فالتشريع مصدر للفظ والمعنى ، وإذا كان إفراغ القاعدة التشريعية فى ألفاظ معينة يجعلها واضحة الدلالة ، فإن ذلك قد يجعلها قاعدة جامدة ، لأن المعنى إذا وضع فى ألفاظ معينة ، ظل جامداً لا يتغير ولا يتحول مهما تغيرت الظروف ، لهذا قُدر للتشريع الوضعى أن يكون ناقصاً بطبيعته ، ولا يستطيع صانع القانون مهما عظمت قدرته ، أن يتناول بالتنظيم جميع الأوضاع والعلاقات الاجتماعية ، بل إن القواعد التشريعية التى يقررها لا يمكن أن تواجه الظروف الاجتماعية الجديدة ، تبعاً لكونها جامدة بطبيعة تكوينها ، فأحال إلى بعض المصادر الأخرى ذات الطبيعة المرنة كالعرف، وذلك تبعاً لكونه مصدراً للمعنى دون اللفظ(١).

(٢) التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة :

ومن خصائص التشريع أنه يصدر عن سلطة عامة مختصة فى الجماعة أو الدولة بما لها من حق السيادة عليها ، وهذه السلطة العامة المختصة هى التى تكون مضمون الإرادة البصيرة الواعية التى تقوم بصناعة التشريع وترسم غاياته ومقاصده .

وتولى سلطة عامة مختصة فى الدولة وضع القواعد القانونية والإلزام بها صار أمراً ضرورياً فى العصر الحديث يقتضيه ما تحتاجه الجماعات المعاصرة – بعد أن تضخمت عما كانت عليه فى القديم ، وتعقدت حاجاتها ومطالبها – من سرعة فى الإنتاج القانونى ، والصياغة الفنية الدقيقة التى تيسر التشريع للتطبيق العملى ، وفى تحديد ووضوح يحققان الاستقرار والأمن فى المعاملات(٢).

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى – المرجع نفسه – ص ٩٧، وفى هذا المعنى: د. حسن كيرة – المرجع نفسه – ص ٢٣٠.

(٢) د. حسن كيرة – المرجع نفسه – ص ٢٣١.

(٣) سرعة إصدار التشريع :

ومن سمات التشريع كذلك سرعة وضعه ، إذ لا يستغرق سن القواعد القانونية زمناً طويلاً ، وهذا يجعل السلطة التشريعية دائماً على أهبة الاستعداد لسد حاجات المجتمع إلى إنشاء قواعد قانونية جديدة ، أو إلى تعديل القواعد القانونية النافذة[١] .

ورغم ما يمتاز به التشريع من سرعة فى الإصدار ، فإن هذه السرعة – إن لم تصاحبها العناية الواجبة – قد تنجم عنها مضار جمة، فقد يُغَلِّب المشرع عامل السرعة على عامل الدقة فى الصياغة ، بما لا يؤمن معه خروج التشريع معيباً، أو قاصراً أو متعارضاً مع غيره من التشريعات ، وهو ما يضطر المشرع إلى الإسراع فى تعديله ، ثم موالاة هذا التعديل السريع بتعديلات لاحقة ، حتى تكثر التشريعات فى نفس الموضوع كثرة كبيرة تخل بالاستقرار والثبات الواجب للمعاملات، وتثير مشاكل دقيقة من التنازع الزمانى بين هذه التشريعات المتلاحقة[٢].

الفرع الثانى
أهمية التشريع

وللتشريع أهمية عامة في مختلف فروع التقنينات ، حيث يقوم بتنظيم موضوعاتها تنظيماً يكفل الحق والإنصاف ، وتحقيق المقاصد العامة في إعطاء كل ذي حق حقه ، وهو في مجال القانون الجنائى يمثل أهمية خاصة ، لأن النص فى مجاله هو أساس التجريم ، كما أنه هو أساس العقاب وذلك يقتضى بياناً :

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى – المرجع نفسه – ص ٧٩.

(٢) د. حسن كيرة – المرجع نفسه – ص ٢٣١.

أولاً : أهمية التشريع فى فروع القانون المختلفة :

للتشريع فى مجال الفروع القانونية المختلفة أهمية متميزة ، وبمقتضى تلك الأهمية أصبح يمثل المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية ، وذلك لتعدد ضروب النشاط فى الجماعات الحديثة ، وتضخم حاجاتها وتعقدها وتعارض المصالح فيها وتشابكها ، مما يحتاج الأمر معه - نظراً إلى وفرة القواعد القانونية التى يجب فرضها - إلى سرعة سنها من ناحية ، وإلى حسن صياغتها صياغة فنية دقيقة من ناحية أخرى ، وهو مالا يتوافر إلا للتشريع الذى تقوم على شئونه هيئة أو هيئات معينة متخصصة فى سن القواعد القانونية وصياغتها ، بما يتوافر لها من خبرة بأدوات القانون ووسائله ، وبصر بأهدافه وغاياته ، ناهيك عما يمثله التشريع للدولة من أداة تتدخل بها تدخلاً مباشراً ومقصوداً فى كثير من مظاهر النشاط فى النواحى الاجتماعية والاقتصادية وغيرهما[1].

ومن أهم مزايا التشريع أنه يخضع وجود القواعد القانونية للدراسة والبحث ويجعل القانون حصيلة نشاط القوى العاملة المدبرة ، لأن سن التشريع لا يتم مباشرة بواسطة السلطة التى لها الاختصاص بذلك، بل يتم إعداده قبل ذلك بمعرفة لجان فنية تبحث الحاجة إليه، وتختار أنسب الوسائل إلى إسباغ هذه الحاجة فى إطار المبادئ التى تهيمن على النظام القانونى فى الدولة ، مع التنسيق بين أحكام التشريع المطلوب ، والتشريعات السابقة ، فضلاً عما يتم من مناقشة أحكامه قبل جعله نافذاً ، من الشعب أو ممثليه[2] ، والتشريع يكفل

---

(١) د. حسن كيرة - المرجع نفسه - ص ٢٢٧ وما بعدها، د. محمود جمال الدين زكى - دروس فى مقدمة الدراسات القانونية - ص ٨٠ - الطبعة الثانية ١٩٦٩، د. جميل الشرقاوى - دروس فى أصول القانون - ص ١٠٨ - الطبعة الثانية ١٩٨٤.

(٢) د. جميل الشرقاوى - المرجع نفسه، د. نعمان جمعة - المدخل للعلوم القانونية - ص ١٧٤ - طبعة ١٩٧٧، د. منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية - ص ٩٧ - الطبعة الثانية ١٩٧٠.

كذلك استجابة سريعة للحاجات الاجتماعية المتطورة ، فيوفر لها فور ظهورها الإطار القانونى الذى يكفل إشباعها ، بل إن التشريع يتيح للجماعة أن تتخذ القانون أداة لتطور نظمها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فلا يقتصر على مجرد الاستجابة للحاجات القائمة دون نظر إلى المستقبل(١).

وعن طريق التشريع يتحقق انتقال النظم القانونية من جماعة إلى أخرى، إذ تعمد الدولة فى وضع التشريعات التى تنظم مسألة من المسائل ، إلى الاستهداء بخبرة الدول الأخرى التى سبقتها فى ذلك ، لتفيد من هذه الخبرة فى صياغة تشريعها، وإن كانت ستأخذ فى الاعتبار – بطبيعة الحال – ما قد يكون لها من ظروف خاصة تقتضى تعديلاً فى هذه الصياغة(٢).

وللتشريع كذلك ميزة أخرى ، تتمثل فى أنه ييسر على كل الناس معرفة أحكامه فقواعده مكتوبة تصدر فى ألفاظ محددة، وتنشر فى صحيفة رسمية مخصصة لنشر التشريعات دون غيرها من وجوه النشر الأخرى ، كما أن ظهور قواعد التشريع فى ألفاظ محددة يمكن الأفراد من المعرفة الواضحة لحقوقهم وواجباتهم ، ويسهل على السلطات المختصة بتطبيق القانون أداء واجبها فى ذلك ، وذلك كله من شأنه أن يؤدى إلى استقرار الحياة فى المجتمع(٣).

وهو أخيراً أداة طيعة لعلاج مشاكل الساعة فى المجتمع ، فكثيراً ما تنبت فى المجتمع مشكلة تحتاج إلى علاج سريع، بحيث لو لم تتوافر الحلول

---

(١) د. جميل الشرقاوى – المرجع نفسه، د. توفيق فرج – المدخل للعلوم القانونية – ص ٦٦ – مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٩٢م.

(٢) د. جميل الشرقاوى – المرجع نفسه – ص ١٠٩ ، د. رمضان أبو السعود – المدخل إلى القانون – ص١٣٤

(٣) د. جميل الشرقاوى – المرجع نفسه، د. منصور مصطفى منصور –السابق –ص ٩٨

لتضاعفت آثارها السيئة ، ومثل هذه المشكلة لا تجد علاجاً لها إلا بتشريع، وهو يمكن أن يصدر وينفذ فى يوم واحد[1].

ثانياً : أهمية التشريع فى مجال الجريمة والعقاب :

وإذا كان للتشريع أهميته فى مختلف فروع القانون، فإنه فى مجال الجريمة والعقاب يمثل أهمية أكثر، وتميزاً أكبر ، لأنه مصدر التجريم، كما أنه – كذلك – هو الذى يحدد العقوبة على الجرائم التى يقوم بتوصيفها وتحديدها .

ذلك أن القانون الجنائى يحدد الأفعال التى تعد جرائم ، ويبين العقوبات التى توقع من أجلها ، ولذلك فإنه ينظم فروعاً متعددة ، يجمع بينها أنها تتناول بالتنظيم والتحديد موضوعى الجريمة والعقوبة ، وهذان الموضوعان هما محور الدراسات الجنائية كلها .

ويتناول القانون الجنائى الجريمة والعقوبة من نواحى متعددة ، فهو يضع لها القواعد العامة التى تحكمها ، وتسرى هذه القواعد على كل الجرائم أو أغلبها وعلى كل العقوبات أو أغلبها ، ثم هو بعد ذلك يتناول كل جريمة على حدة ، فيبين عناصرها القانونية ، ويحدد العقوبة التى توقع عند ارتكابها ، وفى النهاية يحدد القانون الجنائى الإجراءات التى تنشأ بارتكاب الجريمة وتستهدف تحديد المسئول عنها، وجمع الأدلة ضده ، والقضاء عليه بالعقوبة المقررة لجريمته ، ثم تنفيذها فيه[2].

---

(١) د. أحمد سلامة – المدخل لدراسة القانون – ص ١١٦، د. توفيق فرج – المرجع نفسه – ص ٦٧.

(٢) د. على أحمد راشد – مبادئ القانون الجنائى – ص ٤ وما بعدها – طبعة ١٩٥٠.

د. محمود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات – القسم العام – ص ١٤ – طبعة ١٩٦٠م.

د. محمود نجيب حسنى – المساهمة الجنائية فى التشريعات العربية – فقرة ١ – طبعة ١٩٦٠م.

د. السعيد مصطفى السعيد – الأحكام العامة فى قانون العقوبات – ص ١ – طبعة ١٩٥٢م.

وأهم ما يتضمنه البحث فى الجريمة هو تحديد أركانها ، وبيان عناصر كل ركن والقواعد التى تحكمه ، وفى هذا الصدد ، فإن أركان الجريمة ثلاثة : ركن شرعى ، وركن مادى ، وركن معنوى .

(أ) أما الركن الشرعى : فإنه يعنى الوصف غير المشروع الذى يسبغه الشارع الجنائى على الفعل[1]، وتوافر هذه الصفة رهن بتحقق شرطين :

أولهما : خضوع الفعل لنص تجريم ، وذلك إعمالاً للمبدأ القائل : بأنه لا جريمة بغير نص ، إذ لابد أن يحدد المشرع تحديداً دقيقاً ما يعتبر جريمة حتى لا يؤاخذ الناس على أعمال لم يرد بشأنها نص يجرمها ، فيكون فى ذلك تهديد لأمنهم واستقرارهم ، ومن ثم اهتزاز الأوضاع فى المجتمع وعدم استقراره ، وذلك فضلاً عما يمثله العقاب على أفعال غير منصوص على تجريمها من تهديد لحقوق الإنسان .

ثانيهما : عم خضوعه لسبب إباحة يعترف به القانون ، وهذا القيد يفيد أن النص على التجريم غير كاف بذاته لتوقيع العقاب عليه ، ولكنه يجب أن يكون غير مقترن بسبب من أسباب الإباحة التى يقررها القانون ، والتى تجعل الفعل المنصوص على تجريمه مباحاً بنص آخر[2].

وأساس ذلك أن الإباحة الطارئة على التجريم تمثل استثناء عليه، وعدولاً عن حكمه بنص أقوى، وإذا تعارض الأقوى مع ما هو دونه، فإنه يتعين المصير إليه ، ويكون التجريم بحق من أبيح له الفعل لا أثر له .

(ب) وأما الركن المادى : فإنه يعنى السلوك الإجرامى ، أى التصرف الذى ينسب إلى الجانى فى ظروف معينة فيترتب عليه أثر محدد، وفى هذا الركن يتمثل الجانب الذى تبرز به الجريمة إلى العالم الخارجى، فتقع تحت الحواس ؛

(١) د. محمود نجيب حسنى – المرجع نفسه – ص ٢.

(٢) فى هذا المعنى: د. محمود نجيب حسنى – المرجع نفسه.

وللركن المادى عناصر ثلاثة: الفعل، والنتيجة، ورابطة السببية بينهما[1] ؛ والفعل هو السلوك الإجرامى ذاته، وله صورتان ، صورة إيجابية ، وذلك حين يمثل حركة إرادية لعضو فى جسم الإنسان ، وصورة سلبية حين يكون امتناعاً عن سلوك معين، والنتيجة هى الأثر المترتب على السلوك الإجرامى ، ويتخذ هذا الأثر صورة تظهر فى العالم الخارجى ، ويتمثل فيه الاعتداء على الحق الذى يحميه القانون[2].

وعلاقة السببية هى الصلة التى تربط بين الفعل والنتيجة، وتجمع بينهما فى وحدة يقوم عليها الركن المادى للجريمة[3].

(ج) وأما الركن المعنوى : فإن قوامه الإرادة التى صاحبت السلوك الإجرامى ، ووجهته على نحو يخالف القانون ، ولا قيام للركن المعنوى إلا إذا كانت الإرادة معتبرة قانوناً، وهى لا تكون كذلك إلا إذا تجردت مما يعيبها ، فتوافر لها التمييز وحرية الاختيار .

واتجاه الإرادة على نحو يخالف القانون ، يعنى أنها قد تعلقت بالفعل وآثاره . فغدا اتجاهها محلاً للوم القانون ، إذ أن الفعل وآثاره صفة غير مشروعة ، واتصال الإرادة بهما يسبغ عليها صفة إجرامية[4]، ولاتجاه الإرادة صورتان : القصد الجنائى وبه تكون الجريمة عمدية ، والخطأ غير العمدى وبه تكون الجريمة غير عمدية، والقصد الجنائى قوامه اتجاه إرادة الجانى إلى فعله، والى النتيجة المترتبة عليه[5] ، والخطأ غير العمدى يعنى اتجاه إرادة الجانى إلى فعله، وعدم اتجاهها إلى نتيجته ، وليس عدم اتجاه إرادة الجانى إلى نتيجة

---

(١) د. محمود نجيب حسنى – المرجع نفسه، د. محمود محمود مصطفى – المرجع نفسه – ص ١٩١.

(٢) د. محمود نجيب حسنى – المرجع نفسه – ص ٣.

(٣) المرجع نفسه .

(٤) المرجع نفسه .

(٥) د. محمود نجيب حسنى – شرح قانون العقوبات – ص ١١٠ – طبعة ١٩٥٥.

فعله فى حالة الخطأ العمدى ، أنه لا يحاسب على فعله ، وإنما يلام عليه ويعاقب بسببه ، لأنه كان يستطيع أن يتوقى حدوث النتيجة ، وأن يحول دونه لكنه لم يفعل ، أو لأنه توقعها ثم اعتمد على احتياط غير كاف للحيلولة دون حدوثها .

هذه المسائل وغيرها مما يجب تحديده بالنص ، حتى يتسنى قيام المساءلة الجنائية ، كما يجب كذلك تحديد العقوبة التى توقع بصدد كل جريمة ، وذلك إعمالاً للمبدأ القائل : بأنه لا جريمة إلا بنص ، ولا عقوبة إلا بقانون ، وعلى هذا النحو تبدو أهمية التشريع فى مجال التجريم والعقاب وفى غيره من المجالات الأخرى .

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات :

وفى إطار التشريع الجنائى يعتبر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من أسس التشريع الحديث ، ومقتضاه أن نصوص التشريع هى المصدر الوحيد للتجريم والعقاب .

فالمشرع وحده هو الذى يختص بتحديد الأفعال التى تعتبر جرائم، وبيان أركانها ، وهو الذى يملك تحديد العقوبات بالنسبة لكل جريمة كماً وكيفاً ، ويترتب على ذلك أن مهمة القاضى تنحصر فى تطبيق القانون الذى وضعه الشارع ، فلا يملك تجريم فعل مهما كان يبدو فى نظره مخالفاً للأخلاق أو العدالة أو ضاراً بالمجتمع ، ما دام لم يرد نص به من الشارع ، ولا يملك القاضى أن يوقع عقوبة أخرى غير تلك التى حددها الشارع للجريمة ، ولو رآها أكثر ملاءمة ، كما لا يجوز له النزول عن الحد الأدنى للعقوبة أو تجاوز الحد الأقصى لها ، دون نص من القانون ، ولا يجوز له استخدام القياس فى التجريم أو العقاب ، ويعنى هذا المبدأ كذلك أن تختص السلطة التشريعية وحدها بأمور التجريم والعقاب – دون السلطتين التنفيذية والقضائية – وأن تراعى

عند وضع النص أن يكون محدداً ذا أثر مباشر فلا يرجع فى تطبيقه إلى الماضى[1] .

أهمية المبدأ :

ويعتبر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، من أهم ضمانات الحرية الفردية، ومن أكبر دواعى الاستقرار القانونى فى المجتمع، لأن الفرد يجب أن يعلم مقدماً بالأفعال المحرمة وبالعقوبات المقررة حتى يتجنبها ، ولا يفاجأ بتوقيع عقوبات عليه أشد مما هو منصوص عليها، باعتبار أنها توقع باسم القانون ، وفى سبيل مصلحة عامة[2].

وعلى ضوء ما سبق تبدو أهمية التشريع فى كل من المجال الجنائى وغيره من مجالات التشريع الأخرى .

---

(١) د. محمـــود محمود مصطفى – شـــرح قانون العقوبـــات فى القسم العام – ص: ٦١، د. سمير الجنزورى – مبادئ قانون العقوبات – القسم العام، مقارناً بالشريعة الإسلامية – ص ٢٠ – الطبعة الأولى ١٩٧١م .

(٢) د. ســـمير الجـــنزورى – المرجع نفسه – ص ٢١ وما بعدها، د. أحمد فتحى سرور – الوسيط فى قانون العقوبات – القسم العام – ص ٣٨ – دار النهضة العربية ١٩٨٥.

المطلب الثانى

دور التشريع فى مواجهة الواقع وتطبيقاته

الفرع الأول

دور التشريع فى مواجهة الواقع

بات من المسلم به أن التشريع هو الأداة الطيعة فى يد المجتمع، والتى يستطيع بها أن يواجه المتغيرات الحاصلة ،. والمستجدات الطارئة التى تهب على ساحة الحياة الاجتماعية دون أن يكون لها مثال سابق، وذلك لمرونته وقدرته على مواجهة تلك المستجدات من خلال السرعة التى يتسم بها، والتى يمكن أن يظهر بها إلى حيز التنفيذ فى ظرف أيام أو أقل ، ولهذا كان من أنسب الأدوات التشريعية التى يقوى بها المجتمع على مواجهة تلك التغيرات الطارئة، وللتشريع فى سبيل تحقيق المواجهة مع المستجدات الحديثة طريقان هما : إخضاع الواقعة المستجدة لنص قائم ، أو صياغة نص جديد يضطلع بتنظيم شئونها، وينبغى بيان ذلك .

أولاً : خضوع الواقعة المستجدة لنص قائم :

من خصائص النص التشريعى – وكما سبق القول – أنه يصاغ صياغة عامة ومجردة ، بمعنى أن التكليف الذى يتضمنه لا يمكن أن يكون إلا تكليفاً عاماً مجرداً يتوجه إلى كل من تتوافر فيه صفة بعينها، لا إلى شخص بعينه ، ويواجه كل واقعة تتوافر فيها شروط معينة لا واقعة معينة بذاتها ، ومن هنا جاء ما يتميز به القانون من تواتر التطبيق واضطراده ، كلما توافرت الصفة المطلوبة فى فرد أياً كان ، أو اجتمعت الشروط المعينة لواقعة أياً كانت ، فالعموم والتجريد اللذان يتميز بهما القانون يصدقان فى حق الأشخاص

المخاطبين بما يتضمن من تكليف ، كما يصدقان فى حق الوقائع أو الروابط التى ينصرف إلى تنظيمها هذا التكليف ، وبعبارة أخرى ، فالقواعد القانونية تتميز بالعموم والتجريد ، وهما وجهان لعملة واحدة ، بالنسبة إلى أشخاصها والى موضوعها على حد سواء[1].

والقانون باعتباره تكليفاً عاماً مجرداً لا يستنفذه تطبيق ما على شخص معين أو واقعة معينة ، ولذلك فهو يكتسب صفة الدوام ، بمعنى أنه لا يقتصر على الحال ، بل يمتد كذلك إلى الاستقبال ، فيتربص دائماً بصفة الشخص أو نوع الواقعة ، وهو ما يتسع لعدد غير محدود أو محصور من الحالات[2].

لهذا ؛ ونظراً لما يتسم به التشريع من عموم وتجرد ، فإنه يمكن أن يستوعب المستجدات المعاصرة ، إذا كان من الممكن شموله لها ، أو دخولها تحت حكمه ، ومن ثم لا يكون المطلوب – حينئذ – أكثر من تمحيص النص وتطبيقه على الواقعة المستجدة.

ويلاحظ أن إخضاع الواقعة لنص قائم ، لا يجوز أن يعنى قياس جريمة على أخرى ، أو عقوبة على عقوبة أخرى ، لأنه لا يجوز إعمال القياس فى مجال التشريع الجنائى ، لا من جهة إلحاق واقعة غير مجرمة بواقعة مجرمة ، ولا من جهة إلحاق عقوبة غير منصوص عليها بعقوبة منصوص عليها ، لأن إرادة المشرع هى التى تقرر ذلك، وإنما الذى يعنيه ذلك الإخضاع للنص القائم، أن يمثل الفعل فى ذاته جريمة نص عليها المشرع بنص سابق ، وذلك مثل جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة، يمكن أن يدخل تحتها ستر المال الحرام من خلال غسيل الأموال المتحصلة بطريق غير مشروع ، وذلك منعاً لمصادرتها ، وكجريمة إحداث عاهة مستديمة فإنه يمكن أن يدخل فى إطارها

(١) د. حسن كيرة – المرجع نفسه – ص ٢٣.

(٢) المرجع نفسه.

ويندرج تحت النص الحاكم لها، نقل الدم الملوث بالإيدز أو الفيروسات الكبدية القاتلة وغيرها ، فإن مثل هذا العمل يمثل عاهة تورث المجنى عليه الأمراض القاتلة التى تظل ملازمة له حتى يلقى حتفه ، وهكذا .

وقد يتسع إعمال النصوص القائمة من خلال ما يسمى بالمصادر غير المباشرة للتشريع الجنائى ، ذلك أنه قد يكون لبعض قواعد العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية، وقواعد العدالة دور فى مجال القواعد الجنائية ، إلا أن هذا الدور قليل الأهمية فى مجال التجريم، حيث يسود مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، ويكون النص هو المصدر الوحيد لقاعدة التجريم ، ومع ذلك فقواعد العرف مثلاً يمكن الرجوع إليها فى تحديد مفهوم (الإخلال بالحياء) ، كذلك فإن العرف القضائى يمكن أن يستقر على بعض المفاهيم القانونية بتفسير فى مجال التطبيق يحدد معناها ، وذلك كمفهوم الضرر فى جريمة التزوير ، ومفهوم الاختلاس فى جريمة السرقة[1].

وفى خارج نطاق التجريم والعقاب ، يمكن أن يكون للمصادر غير المباشرة دور أكبر ، فيمكن الاستناد إلى العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية فى تقرير بعض حالات الإباحة أو تخفيف العقاب كما فى حال حق الزوج فى تأديب زوجته وأولاده ، وكذلك يرجع إلى قواعد العرف فى تقرير إباحة بعض الأعمال أو منعها ، وعلة ذلك أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إنما يكون بالنسبة لقواعد التجريم والعقاب فقط[2].

ثانياً : مواجهة الواقعة المستجدة بنص جديد :

وإذا كان من غير الممكن شمول النص القائم للواقعة المستجدة ، فإنه لا يوجد ثمة مانع من إنشاء نص جديد يتولى تنظيمها ، وبيان أحكامها ، ووضع

(١) د. سمير الجنزورى – المرجع السابق – ص ٢٩.
(٢) المرجع نفسه.

الضوابط التى تحدد التعامل معها ، وذلك أمر ممكن فى إطار الأهمية التى تمثلها تلك المسألة المستجدة ومدى تأثيرها على الحياة فى المجتمع ، والقدرة المتوافرة للمجتمع فى إصدار التشريعات التى يستطيع أن يواجه بها مثل تلك التغيرات الطارئة، ومدى ما تحمله فى طياتها من عوامل الجدة والحداثة غير المسبوقة بنظير .

بيد أن تلك الحالة تحتاج إلى نوع من الاستعداد التشريعى القائم على فهم الواقع وحسن تصوره مع القدرة على دقة الصياغة وإحكامها، وسلامتها من أوهام التصور المجافى للواقع ، أو خضوع القائمين عليها لظروف نفسية عارضة تجعل حكمهم على أحد المراكز القانونية فى الرابطة المراد تنظيمها جائراً أو غير متوازن ، أو مبالغاً فى تأديبه أو توقيع العقاب عليه .

الفرع الثانى

دور التشريع فى إطار الواقع المعاصر

فى مجال تطبيق التشريع لبيان مدى دوره فى مواجهة المستجدات الحديثة ، يمكن القول : إن الخصائص التى تميز بها، وجعلته قادراً على استيعاب تلك المستجدات ، هى التى تحتوى مفرداتها وتنطوى على ما يظهر منها ، وذلك إما من خلال النصوص القائمة ، أو من خلال استحداث نصوص جديدة فى الأمور التى لا يمكن تخريجها فى ظل نص قائم ، أو قانون معمول به، وسوف نقوم بدراسة هذه التطبيقات فى إطار تلك القدرات التشريعية للقانون ، ومن خلال ما هو موجود ، أو ما سيوجد من النصوص الحاكمة للمستجدات المعاصرة ، وذلك بالتطبيق على أمراض الإيدز ، والاستنساخ ، وغسيل الأموال ، وجرائم المعلومات ، وذلك فى فرعين :

المقصد الأول

إخضاع المستجدات للنصوص القائمة

فى النصوص التشريعية القائمة ما يستطيع أن يستوعب كثيراً من المستجدات المعاصرة ويعطيها الحكم الملائم لها، كما يعالج المشكلات المترتبة عليها ، ويمكن بيان ذلك بالتطبيق على أمراض الإيدز ، وغسيل الأموال ، وجرائم المعلومات ، وذلك كما يلى :

أولاً : مرض الإيدز فى ضوء التشريع القائم :

لا نريد أن نتعرض لمرض الإيدز من جهة المفاهيم العلمية والطبية، فلسنا فى مجال بحث طبى علمى ، وإنما نحن بصدد دراسة فقهية تتناول حكمه، ولهذا فإن الذى يعنينا منه هو ذلك القدر من التصور الذى نقدر به على إضفاء الحكم التشريعى الملائم له فى ظل التقنيات القائمة ، وفى هذا الإطار يكفينا من معرفة كنهه ، أنه مرض يدمر جهاز المناعة فى الإنسان ، فيجعل بدنه حمى مباحاً لأدنى فيروس أو ميكروب يهجم عليه من داخل الجسم أو خارجه ، فيقضى على حياة من أصيب به، والفيروس الذى يسبب الإيدز ، فيروس خبيث ماكر يغير من طبيعته عشرات ، بل مئات المرات ، فإذا ما ركن العلم والبحث إلى مظهر من تلك التى يتخذها ذلك الفيروس اللعين فى أحد حالاته، واستعد للانقضاض عليه ، بما يظن أنه ملائم للفتك به من المضادات والأدوية ، إذ به يتغير إلى طبيعة أخرى مغايرة لتلك التى وجهت لها القذيفة الدوائية فلا تؤثر فيه ، ولا تنال منه، ومن ثم يظل العلم يلهث وراء تلك الطبيعة المتغيرة لحالات ذلك الفيروس ، دون أن يستطيع الوصول إلى حل ناجع بشأنها ، أو علاج ناجح فى القضاء عليها، وما زال العلم فى هذا الدور من العجز وعدم القدرة على علاج ذلك المرض حتى الآن ، ولما كان مرض الإيدز

لا فكاك منه ولا علاج له ، وهو طريق محقق نحو الموت ، كان كالعاهة المستديمة التى تلازم الإنسان وتشل ملكاته وقدراته البدنية والصحية حتى يلقى حتفه ، ومن ناحية أخرى ، فإن لهذا المرض أسباباً تدخل فيها الإرادة الإنسانية، ويمارس فيها السلوك الإنسانى نشاطه إلى حد يمكن أن ينقله ابتداء إلى جسم إنسان سليم معافى ، وذلك مثل نقل الدم أو وخز الجسم أو جرحه بأدوات طبية أو غير طبية ملوثة ، أو من خلال بعض العادات الجنسية الشاذة ، وهذه التصرفات المسببة له يمكن أن تمارس عمداً كما يمكن أن تمارس خطأ .

ولما كان مرض الإيدز مما يحدث بتلك التصرفات السلوكية المكتسبة قصداً للإنسان ، فإنه يمكن أن يخضع لبعض نصوص قانون العقوبات، ومنها ما تنص عليه المادة (٢٣٦) من قانون العقوبات المصرى بقولها : " كل من جرح أو ضرب أحداً أو أعطاه مواد ضارة ولم يقصد من ذلك قتلاً ، ولكنه أفضى إلى الموت ، يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى سبع سنوات، وأما إذا سبق ذلك إصرار أو ترصد ، فتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن .

وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، إذا ارتكبت الجريمة المنصوص عليها فى المادة (٢٣٦)، تنفيذاً لغرض إرهابى ، فإذا كانت مسبوقة بإصرار أو ترصد ، تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة " .

وكما يبدو من مطالعة هذا النص ، فإنه يجرم إعطاء المواد الضارة لأنها تمثل صورة من صور الاعتداء على سلامة الجسم، ويدخل فى نطاقها المواد السامة ، وتعتبر المادة ضارة إذا كانت تؤدى إلى الإخلال بالوضع الصحى للمجنى عليه ، بدنياً أو نفسياً أو عقلياً ، والعبرة فى ذلك ليس بالأثر الوقتى للمادة ، وإنما بالأثر النهائى المترتب على تناولها[1] .

---

(١) د. فوزية عبد الستار – شرح قانون العقوبات –القسم الخاص– ص ٤٥٤ – دار النهضة العربية ١٩٨٣م.

ويقصد بفعل الإعطاء فى جريمة إعطاء المواد الضارة كل سلوك يقيم به الجانى الصلة بين المادة وجسم المجنى عليه(١)، سواء تم ذلك عن طريق الجانى نفسه، أو عن طريق غيره ، وذلك دون تفرقة بين وسيلة إعطائها، فقد يكون ذلك عن طريق الابتلاع ، أو الاستنشاق ، أو امتصاص مسام الجلد ، أو الحقن، أو غير ذلك من الوسائل(٢).

ولم يقتصر الأمر على مجرد التجريم ، وإنما وضع نص المادة (٢٣٦) عقوبات مصرى ، العقاب الملائم لتلك الجريمة ، وقد تدرج فيه من الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن إلى الأشغال الشاقة المؤبدة ، وذلك لمواجهة الحالات المختلفة للجريمة بالعقاب المناسب لها، وما إذا كان ارتكابها قد تم عن طريق الإهمال أو الخطأ ، أو عمداً أو من خلال سبقه بالإصرار والترصد من قبل الجانى ، ولذلك فإن فى هذا النص من المرونة والسعة ما يقدر بهما على استيعاب جريمة المساس بسلامة الحياة من خلال إمراض المجنى عليه بالإيدز.

ثانياً : غسيل الأموال :

يعتبر مصطلح غسيل الأموال أحد المصطلحات التى ظهرت على الساحة الاقتصادية المعاصرة ، وهو يعنى القيام بتصرفات مالية مشروعة لمال اكتسب بطريق غير مشروع ، مثل تجارة المخدرات أو الرشوة أو القمار أو البغاء ، وذلك عن طريق استخدامه لمرات عديدة وفى جهات مختلفة ، وبأساليب عدة وفى وقت قصير للاستثمار فى أعمال مشروعة ، مثل الإيداع فى بنوك خارجية، وإدخاله بطريقة مشروعة إلى البلاد ، أو محاولة إخراجه من البلاد بطريقة مشروعة بأسلوب التحويلات الخارجية ، أو تدويره فى شراء عقارات

---

(١) د. محمود نجيب حسنى – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – ص ١٩٨ وما بعدها طبعة ١٩٧٨م.

(٢) د. فوزية عبد الستار – المرجع نفسه – ص ٤٥٥، د. أحمد فتحى سرور – الوسيط فى قانون العقوبات – القسم الخاص – ص ٦١١ – دار النهضة العربية ١٩٨٥م.

ثم رهنها، والاقتراض بضمانها ، أو تداول المال فى البورصات المحلية والعالمية، أو إنشاء شركات وهمية ، وإثبات معاملات مزورة باسمها بهذا المال ، وذلك كله بهدف إخفاء المصدر غير المشروع للأموال ، وتضليل الأجهزة الرقابية والأمنية للإفلات من العقوبات المقررة عن الجرائم الاقتصادية التى ارتكبها الذين يقومون بعملية غسيل الأموال تلك[1]، وكما يبدو من بيان ذلك المصطلح ، فإنه يمثل ستراً لأموال متحصلة من جريمة ، مثل الفائدة التى حصل عليها الموظف المرتشى ، وحصيلة ألعاب القمار ، وحصيلة ترويج النقود المزيفة ، وحصيلة بيع المخدرات ، وثمن البضائع المهربة ، ومثل هذه الأموال تجب مصادرتها لصالح الدولة ، وذلك عملاً بالمادة (٣٠) عقوبات مصرى ، والتى تنص على أنه : " يجوز للقاضى إذا حكم بعقوبة لجناية أو جنحة أن يحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التى تحصلت من الجريمة، وكذلك الأسلحة والآلات المضبوطة التى استعملت أو التى من شأنها أن تستعمل فيها وهذا كله دون إخلال بالغير حسن النية .

وإذا كانت الأشياء المذكورة من التى يعد صنعها، أو استعمالها أو حيازتها أو بيعها ، أو عرضها للبيع جريمة فى ذاته ، وجب الحكم بالمصادرة فى جميع الأحوال ولو لم تكن تلك الأشياء ملكاً للمتهم " .

وقد تكون المصادرة وجوبية كذلك ، وفقاً لنص المادتين (٣٥٢ ، ٣٥٣) عقوبات مصرى ، إذا كانت الأشياء أو الأموال متحصلة بشأن جريمة فتح محل لألعاب القمار ، ووضع شئ للبيع فى النمرة المعروضة باللوتيرى .

---

(١) د. محمد عبد الحليم عمر – التوبة من المال الحرام – ورقة عمل فى الحلقة النقاشية الثانية عشرة المنعقدة بمركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامى – بجامعة الأزهر – بتاريخ ١٩٩٩/٩/١١م – ص ٤ – طبع مركز صالح كامل.

وغنى عن البيان أن هذا النوع من المصادرة ، يختلف عن المصادرة العامة التى تنزع فيها أموال المحكوم عليه عامة ، حيث تحرمها الدساتير المختلفة ، ومنها الدستور المصرى الصادر ١٩٧١ فى المادة (٣٦) ، وذلك لأن أثرها لا يقتصر على المحكوم عليه، بل يتعدى إلى غيره ممن يرتب لهم القانون حقوقاً فى أموالهم سواء فى حياتهم أم بعد موتهم[١].

ولما كانت المصادرة تتمثل فى نزع ملكية المال جبراً على مالكه، وإضافته إلى ملك الدولة بغير مقابل ، وأن هدفه تمليك الدولة أشياء مضبوطة ذات صلة بالجريمة قهراً عن صاحبها وبغير مقابل[٢]، يكون غسيل المال مجافياً لذلك المقصد الأسمى ، ومناهضاً لحق الدولة فى الحصول على تلك الأموال .

ناهيك عن أن ذلك المسلك يتم فى إطار تصرفات غير مشروعة من خلال بعض الشركاء الذين يقفون مع الجانى فى خندق واحد ضد مصالح المجتمع، ويساعدونه فى اقتراف جريمته، وكذلك فإن البنوك التى تتولى تلك المهمة ، والأعوان الذين يساهمون فيها إنما هم شركاء فى جريمة أصلية ، وذلك عن طريق المساعدة، أو المساعدة والاتفاق، أو المساعدة والاتفاق والتحريض، ومن ثم فإنه يخضع لنص المادة (٤٠) عقوبات مصرى ، التى تنص على أنه: "يعتبر شريكاً فى الجريمة :

أولاً : كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة ، إذا كان هذا الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض.

ثانياً : من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة ، فوقعت بناء على هذا الاتفاق.

---

(١) د. أحمد فتحى سرور – الوسيط فى قانون العقوبات – القسم العام – ص ٦٨٩.

(٢) المرجع نفسه – ص ٦٨٧.

ثالثاً : من أعطى للفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أى شيئ آخر مما استعمل فى ارتكاب الجريمة، مع علمه بها، أو ساعدهم بأى طريقة أخرى فى الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها ".

وتنص المادة (٤٣) على أنه : " من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها، ولو كانت غير التى تعمد ارتكابها ، متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التى حصلت " .

تطبيق مفهوم الاشتراك فى الجريمة على غسيل الأموال :

وعند النظر فى جريمة غسيل الأموال، نجد أن عنصر المساعدة فيها يكون بأعمال لاحقة على ارتكاب الجريمة ، وقد اختلفت التشريعات الجنائية فيما بينها فى تكييف الأعمال اللاحقة على ارتكاب الجريمة التى تتصل بها على نحو وثيق، وتتجه إلى تمكين الفاعل من الاحتفاظ بثمرات الجريمة واستغلالها ، أو إعدام أدلة الجريمة، أو الفرار من الإجراءات الجنائية، مثال ذلك: إخفاء الأشياء المسروقة أو المتحصلة من جناية أو جنحة ، أو استعمال المحرر المزور ، أو إخفاء جثة القتيل ، أو إيواء الفارين من العدالة. فبعض التشريعات يعتبر هذه الأفعال اشتراكاً فى الجريمة ، وذلك كالقانون الإنجليزى الذى يُعرف الشريك فى الجريمة بعد وقوعها – ويعنى به من كان عالماً بوقوع الجريمة ، فآوى لديه مرتكبها أو أنقذه أو ساعده ، مع ملاحظة أن ذلك القانون ، ووفقاً لقانون Lareeny Act الصادر سنة ١٩٦١ ، يعتبر حيازة الأشياء المسروقة أو المتحصلة من جريمة مع العلم بذلك جريمة مستقلة بذاتها ، وكذلك قانون العقوبات الفرنسى بعد تعديله بالقانون الصادر فى ٢٢ مايو ١٩١٥، والأمر الصادر فى ٢٥ يونيو ١٩٤٥، فإنه يعتبر إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة

وإخفاء الجناة أو تمكينهم من الفرار أو مساعدتهم عليه ، كل هذه الأفعال تعتبر جرائم قائمة بذاتها[١] .

وبخلاف القانون المصرى فإنه يعتبرها اشتراكاً بالمساعدة فى الجريمة إذا كانت مستمرة[٢] ، وفى غير ذلك فإنه يخرج عن نطاق المساهمة التبعية فيها[٣]، وفى هذا الإطار يمكن أن يكون غسيل الأموال نوعاً من أنواع الاشتراك فى الجريمة .

ثالثاً : جرائم المعلومات :

لقد انتشرت المعلومات فى عصرنا انتشاراً كبيراً حتى صبغته بطابعها ، فأصبح يسمى بعصر المعلومات ، وذلك أمر طبيعى فى ظل تقدم آلات الطباعة والتصوير ، وأجهزة تجميع المعلومات وتخزينها على نحو يسهل معه استرجاعها عند طلبها .

ومن المعلوم أن لتلك المعلومات قيمة كبرى ، قد تصل إلى حد حماية مقومات الحياة للفرد والجماعة ، كما أنها تضفى على صاحبها قيمة أدبية رفيعة فى مجتمعه ، وذلك من جراء ما يكتسبه الباحث أو العالم أو مكتشف الخير للناس ، من حبهم وتقديرهم، فضلاً عما تدره له من عائد مالى ، لهذا فإن تلك المعلومات تصبح محلاً للتعدى ممن ينشدون الوجاهة الاجتماعية التى يضفيها العلم على صاحبه .

وفى نظرنا فإن الباعث على اقتراف جرائم المعلومات يمكن رده إلى أمور :

---

(١) د. محمود نجيب حسنى – المساهمة الجنائية فى التشريعات العربية – ص ٢٨٠.

(٢) د. أحمد فتحى سرور – القسم العام – ص ٥٥٥.

(٣) د. محمود نجيب حسنى – المساهمة الجنائية – ص ٢٨١.

أولها : العائد الاقتصادى والأدبى الذى يكتسبه مبتكر تلك المعلومات ، حيث يمثل كل منها دافعاً قوياً للتعدى من قبل بعض ذوى النفوس الضعيفة الذين يريدون أن يعيشوا على ما ينتجه غيرهم من الأفكار والمعلومات ، مثلهم كمثل من يعيشون على أموال غيرهم دون سبب مشروع أو عمل يستحقون به تلك الأموال، ولهذا يسمى مختلس المال سارقاً ، كما يسمى كذلك مختلس فكر غيره سارقاً أو منتحلاً ، فالسرقة موجودة فى كلا الحالين ، مع اختلاف موضوعها فى سرقة المال عنه فى سرقة الفكر، ومع اختلاف المسميات فى بعض الأحوال ، حيث يؤثر البعض إطلاق (الانتحال) أو النقل الحرام فى جريمة سرقة الأفكار(١).

بيد أن الدافع على التعدى لا يقتصر على العائد الاقتصادى وحده بل يتعداه إلى العائد الأدبى الذى يجتذب عشاقاً كثيرين ممن يستهويهم بريق الشهرة والظهور بمظهر العلماء ، وما هم بعلماء ، ولا يمتون للعلم بصلة ، وقد استشرى ذلك الداء وتفشى فى ظل الرغبة المحمومة للحصول على الدرجات العلمية الرفيعة ، باختلاس تلك المعلومات ، واتخذت المشكلة بعداً اجتماعياً وتعليمياً وثقافياً واقتصادياً وعلمياً ينذر بأوخم العواقب .

ثانيها : يسر الحصول على تلك المعلومات من خلال تقدم أجهزة نقلها عبر شبكات دولية أعدت لها ، وأجهزة إلكترونية أصبح ما ينتج منها كل يوم يخالف فى قدراته وإمكاناته فى مجال النقل والتخزين ، أقوى مما أنتج منها فى اليوم الذى يسبقه ، حتى غدت كالجريدة الأسبوعية ، بل اليومية ، ما ينشر منها اليوم يصبح مرتجعاً فى الغد ، وأصبح المبتكر والجديد من تلك الأجهزة هو السمة المميزة فيها، وقد أدى ذلك إلى سهولة النقل غير المشروع ، كما

---

(١) راجع فى ذلك كتابنا: الحق الأدبى للمؤلف فى الفقه الإسلامى والفقه المقارن – ص ٢١٠ – دار النهضة ٢٠٠٠م.

يسر الانتحال والسطو على تلك المعلومات بسرعة فائقة ، وأسلوب يساعد الجانى على إتمام جريمته دون أن يكتشفه أحد .

ثالثها : أن وسائل حماية تلك المعلومات ما زالت قاصرة عن تحقيق الردع الكافى ، خاصة على المستوى الدولى ، بعد أن ذابت الفوارق المكانية بين الشعوب وأصبح ما ينشر فى أبعد مكان بالكرة الأرضية متاحاً فى التو لمن يريد الحصول عليه ، عبر أجهزة المعلومات التى انتشرت فى معظم بلاد العالم.

ورغم أن تلك الوسائل قد شهدت يقظة دولية فى الآونة الأخيرة، إلا أن تلك اليقظة ما زالت فى بداياتها ، ولم يكتمل لديها الأسلوب الفعال فى محاسبة مجرمى الفكر، وسارقى المعلومات .

وسائل التعدى فى جرائم المعلومات :

ويتخذ التعدى فى جرائم المعلومات أحد مظهرين : فهو إما أن يتسلط على الفكرة المبتكرة ويختلسها ، ثم ينسبها إلى شخص المتعدى أو السارق ، وإما أن يتسلط على مضمون الفكرة المحمية فيعبث بها ويتناولها بالتغيير ، والتبديل ، والتزوير ، على نحو يمس شرف صاحبها وعمله ونزاهته ، وذلك حين يسفر ذلك التزوير عن نسبة معلومات مغلوطة له ، ومن شأن نسبتها إليه أنها تشين سمعته أدبياً ، أو تنال من مركزه الاجتماعى فى الوسط الذى يعيش فيه ، وينبغى بيان ذلك :

(١) سرقة المعلومات أو انتحالها :

السرقة العلمية أو الانتحال، يعتبر هو الصورة المشهورة للتعدى على المعلومات، وتتمثل حقيقته فى نقل معلومات ابتكرها شخص آخر ونسبتها لشخص الناقل(١).

---

(١) المبادئ الأولية لحقوق المؤلف – ص ٦٢ – منشورات منظمة اليونسكو بالعربية – ١٩٨١م.

والسرقة الواقعة على المعلومات قد تكون سرقة شاملة ، تتمثل فى النقل الكلى لما كتبه الغير ونسبته إلى الناقل ، وهى هنا ترد على العمل المكتوب برمته، ويمكن الاستدلال عليها من خلال عنصرين : التطابق التام بين مصنفين ، أو أن يكون أحدهما أسبق من الآخر ، ومن ثم يكون اللاحق سارقاً للسابق[1].

وأما السرقة الجزئية فيقصد بها ، اختلاس أجزاء من مصنف سابق، دون ردها إلى أصلها ، أو نسبتها إلى من صنفها ، ولا يختلط هذا النوع بالاقتباس ، لأنهما وإن كانا يتفقان فى نقل بعض المعلومات من مصنف سابق ، إلا أن السرقة لا يكون فيها إشارة إلى مصدر النقل بخلاف الاقتباس ، ومن ثم كان الاقتباس مباحاً بشروطه ، وكانت السرقة حراماً لذلك[2].

(٢) التعدى على المعلومات بالتغيير والتزوير :

وقد يتخذ التعدى على المعلومات شكل تغييرها أو تزويرها ، ويكون المستهدف من ذلك التعدى هو مؤلفها أو مبتكرها ، لأنها تمثل نوعاً من الكذب عليه بإضافة بعض الفقرات إلى المعلومات ، بغية الترويج لفكرة معينة ونسبتها للمؤلف ، أو حذف بعض العبارات للغرض نفسه ، ويمثل هذا التغيير تعدياً ينال من شرف المؤلف وسمعته، إذا كان من شأن تلك الإضافة أو ذلك الحذف أن يؤدى إلى الإضرار بسمعة المؤلف الأدبية ، مثل ما لو كانت الإضافة من شأنها إلحاق وصف مشين به ، أو تشويه صورته بين محبيه وعارفيه وتلامذته، ومثال ذلك أن ينسب إليه أنه يبيح الزنا أو اللواط أو يروج للإلحاد ، أو غير ذلك من المعلومات التى تسيئ إلى من يظن أنه قد قالها[3].

---

(١) كتابنا: الحق الأدبى للمؤلف – ص ٢١٢.

(٢) المرجع نفسه.

(٣) فى هذا المعنى: مؤلفنا السابق – ص ٢١٨.

دور التشريع القائم فى حماية المعلومات :

كانت المادة (١/٤٧) من قانون حماية حقوق المؤلف فى مصر رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ تحدد عقوبة لجريمة تقليد المعلومات ، وهى الغرامة التى لا تقل عن عشرة جنيهات ، ولا تزيد على مائة جنيه، ولما كانت هذه العقوبة متواضعة إلى حد كبير ، ولم تعد ملائمة لردع الذين تسول لهم نفوسهم التعدى على المعلومات بعد أن كثروا، وتعددت الدوافع المشجعة لهم على السرقة العلمية ، فقد أجرى المشرع تعديلاً لتلك العقوبات بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ ، رفع به العقوبة إلى الحبس ، والغرامة التى لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ، ولا تزيد عن عشرة آلاف جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وفى حالة العود نصت المادة (٣/٤٧) من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بعد تعديلها، على أنه : " يحكم على الجانى بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد عن خمسين ألفاً ، كما يجوز للمحكمة فى حالة العود ، الحكم بغلق المؤسسة التى استعملها المقلدون فى ارتكاب فعلهم لمدة معينة لا تزيد على ستة أشهر"، وهذا التشديد فى حالة العود يتواءم مع خطورة الجانى ، وعلى أن رغبته فى الاعتداء على المعلومات متأصلة فيه، وأن ما سبق توقيعه من عقاب عليه لم يكن كافياً لردعه، مما يقتضى زيادة فيه .

كما قرر المشرع عقوبات تبعية ، تضمنتها الفقرتان الأخيرتان من المادة (٤٧) مثل الحكم بمصادرة الأدوات المخصصة للنشر ، والتى لا تصلح إلا له ، وكذلك مصادرة جميع النسخ المقلدة .

وفيما يتعلق بتزوير المعلومات وتغييرها على نحو يسيئ إلى المؤلف ويمس شرفه واعتباره ، فإنها يمكن أن تخضع للنصوص القانونية التى تجرم القذف أو السب العلنى ، ومنها المادة (٣٠٢) عقوبات مصرى ، والتى تنص على أنه : " يعـد قاذفاً كل من أسند لغيره بواسطة إحدى الطرق المبينة بالمادة

(٧) من هذا القانون أموراً لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً وأوجبت احتقاره عند أهل وطنه " ، وكذلك المادة (٣٠٦) عقوبات مصرى ، التى تنص على أنه : " كل سب لا يشتمل على إسناد واقعة معينة ، بل يتضمن بأى وجه من الوجوه خدشاً للشرف أو الاعتبار يعاقب عليه فى الأحوال المبينة بالمادة (١٧١) بالحبس مدة لا تتجاوز سنة ، وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ، ولا تزيد على خمسة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين " ، وكذلك المادة (٣٠٧)، التى رفعت تلك العقوبات فى حالة النشر بإحدى الجرائد أو المطبوعات ، وذلك كله دون إخلال بالتعويضات المدنية الواجبة فى هذا الخصوص .

المقصد الثانى

مواجهة المستجدات بنصوص جديدة

من مظاهر أنشطة النصوص التشريعية فى مواجهة المستجدات المعاصرة، إحداث الجديد منها الذى يضطلع بتلك المهمة ، وذلك لن يكون إلا فى الحالات التى لم تسبق بنظير ، والتى تمثل أقضية جديدة تحتاج إلى حل تشريعى غير مسبوق ، ولا يوجد من النصوص ما يقوى على استيعابها أو مواجهتها .

إن النصوص التشريعية – كما هو معلوم – تصور بشرى يصدر عن الفهم الاجتماعى السائد لمشكلة ما ، ومهما بلغ هذا التصور من الذكاء والدقة وعمق التصور ، فإنه غير قادر على استيعاب ما يتمخض عنه المستقبل لأنه غيب لا يعلمه إلا الله ، ومن ثم تبقى المفاجأة بطروء الجديد والمستحدث من القضايا قائمة ، وهنا لابد من المواجهة الجديدة بتشريع جديد ، ويمكن بيان

ذلك من خلال التطبيق العملى من خلال أمرين هما : الاستنساخ ، وإعادة النظر فى الأحكام المقررة لبعض الأمور القائمة ، وذلك كما يلى :

أولاً : الاستنساخ فى إطار التطور التشريعى :

يعتبر الاستنساخ حدثاً إنسانياً جديداً وغير معهود فى حياة البشر من قبل، وهو أسلوب فى التكاثر البشرى يستبعد تماماً ، الطريق المعهود للتناسل والتكاثر من خلال التقاء ماء الرجل وبييضة الأنثى فى إطار علاقة شرعية قائمة بينهما ، فمن هذا التلاقى يخلق الله الجنين ويحدث التكاثر ، وصدق الله العظيم إذ يقول : (وَهُوَ الَّذِى خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا) [١]، وقول الله تعالى (فَلْيَنْظُرِ الإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ * يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ والتَّرَائِبِ)[٢]، فقد أشار هذان القولان الكريمان إلى أسلوب الخلق الذى فطر الله عباده عليه، وأنه يتمثل فى التقاء المائين ، وفى هذا إشارة إلى أنه ما يجب أن يكون ، لأن الأخبار فى القرآن ، لم ترد إلا لأخذ العبرة منها ، واتباع ما ترشد إليه أمراً أو نهياً .

مفهوم الاستنساخ ومخاطره :

على غير منوال التكاثر الطبيعى يجئ الاستنساخ كوسيلة للتكاثر، وذلك من خلال أخذ خلية من الكائن ، ثم إحضار بويضة من أنثى وتفريغها من النواة أو المادة الوراثية ، ثم إدخال نواة الخلية بعد نزعها منها مكانها ، وهنا يصبح بالبيضة جهاز وراثى كامل ، ومن ثم فإنه يمكن أخذ خلية من خلايا الشخص ويعاد النشاط الجينى إليها ، ثم توضع فى بيضة امرأة بعد تفريغها من المادة

---

(١) سورة الفرقان، الآية رقم (٥٤).

(٢) سورة الطارق، الآيات (٥-٧).

الوراثية ، ثم ندخلها فى رحم الأم فتلد بعد فترة شخصاً يحمل نفس الجهاز الوراثى للشخص الذى أخذت منه الخلية ، والذى سوف يستنسخ(1).

والاستنساخ على هذا النحو ينطوى على خروج واضح على ما سنه الله – تعالى – فى الخلق والتكاثر ، ولما أخبر عنه فى كتابه الكريم بقوله تعالى : (وَهُوَ الَّذِى خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا) ، حيث أشار إلى أن المراد من النكاح هو الخلق القائم على تسلسل نسب الإبن للأب والأم ، وما يترتب على ذلك من أحكام النفقات، والميراث ، والمحرمية فى النكاح ، والاستنساخ ينافى تلك الحقائق الشرعية الواضحة .

كما أنه ينافى الغاية التى من أجلها شرع الله النكاح ، وهى إشباع الغريزة قصداً لإشباع العاطفة المشبوبة لدى الأب والأم بحب ما تنتجه تلك العلاقة من النسل ، وفى الاستنساخ تشتيت لتلك المعانى الإنسانية وتدمير لها ، ناهيك عما يؤدى إليه من إخلال بالتوازن النسبى بين الرجل والمرأة على نحو يؤدى إلى طغيان جنس على آخر، أو قصر التكاثر على صفات وراثية أو فكرية أو اجتماعية محددة ، وهو ما يجافى سنة الله فى اختلاف الخلق حتى ينتظم ناموس الكون ، على نحو ما أخبر عنه سبحانه وتعالى بقوله : (ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة ولا يزالون مختلفين)(2)، ذلك أنه من خلال ذلك الاختلاف والتباين يتخذ الناس بعضهم بعضاً سخريا ، وينتظم النشاط البشرى فى منظومة تضمن له البقاء والنماء ، وذلك فضلاً عما لم يتم الكشف عنه بعد من المضار ، وما يمثله من خطر على مناط الإسناد فى مجال المسئولية ، وهو الشخص المسئول، حيث سيتشابه المستنسخون فيما بينهم ، على نحو يؤدى إلى شيوع المسئولية ومن ثم ضياعها .

---

(1) د. أحمد مستجير – الاستنساخ – ضمن كتاب ندوة الاستنساخ بين العلم والدين – ص ١٦ – نشر وزارة الأوقاف بمصر – سلسلة دراسات إسلامية – العدد ٣٢ – القاهرة ١٩٩٨م.

(2) سورة هود، الآية رقم (١١٨).

إن ذلك كله من شأنه أن يجعل من الضرورى النظر إلى ذلك المستجد الخطير بالعين اليقظة التى تأخذ فى اعتبارها كل تلك المحظورات الشرعية والإنسانية ، وذلك دون إخلال بما يفرضه الواقع من أخذ بأسباب العلم والبحث ، فإذا كان من غير الممكن إجراؤه فى مجال التكاثر البشرى ، فإنه من الممكن أن يستخدم فى إطار التكاثر الحيوانى ، أو النباتى لإنتاج غذاء أفضل أو طعام أكثر يواجه الزيادة السكانية المتوقعة على كوكبنا الأرضى ، ومن المؤكد أن التشريع سوف يكون هو الأداة الطيعة لتفريد المصالح عن المفاسد فى هذا الموضوع الخطير .

ثانياً : إعادة النظر فى بعض الأحكام القائمة :

ويمكن أن يكون التشريع أداة فعالة فى تنشيط الدور التشريعى ، لبعض النصوص القائمة ، وذلك من خلال إعادة النظر فى بعض العقوبات المقررة لتلك الأفعال بما يحقق الردع الكافى والحماية اللازمة، وقد قام المشرع الوضعى بذلك فى كثير من المواطن التشريعية التى استبان فيها أن العقوبة القائمة لم تعد ملائمة للردع ، وذلك على غرار ما هو مقرر من أنه : تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفساد .

وفى إطار ذلك المعنى ، قام المشرع بإعادة النظر فى العقوبات المقررة للتعدى على الأفكار والمعلومات ، وفى العقوبات المقررة للسب والقذف، وللتعدى على حرمة الحياة الخاصة ، ولتعاطى المواد المخدرة وغيرها، بل من خلال التعديل فى جداول المواد المخدرة على نحو يجعل يد العقاب تتطاول إلى بعض المواد التى تتوجه إليها رغبات المدمنين والمتعاطين ، وفى الكثير من الجرائم التى أصبحت عقوباتها غير ملائمة .

المطلب الثالث

مزايا التشريع وعيوبه

ويمكن إجمال مزايا التشريع – إضافة إلى ما سبق – وعيوبه فيما يلى :

الفرع الأول

مزايا التشريع

من المعروف أن للتشريع دوراً أساسياً فى مواجهة الواقع ، وقدرة ملحوظة فى علاج نوازل العصر، التى تحتاج إلى مجابهة سريعة ، وعلاج لا يحتمل التأخير ، ويمكن إبراز مزايا التشريع مجملة فيما يلى :

أولاً : يؤدى التشريع إلى صياغة القاعدة القانونية كتابة ، ومن شأن تلك الصياغة أن تجعلها واضحة جلية لا يثير تفسيرها أو معرفة كنهها نزاعاً أو خلافاً ، فالصياغة الدقيقة تحقق للقاعدة القانونية قدراً من الاحتياط ، والتحديد والانضباط ، وهذا يؤدى إلى سهولة تعرف الأفراد على حقوقهم وواجباتهم ، وكيفية ممارسة هذه الحقوق وأداء الواجبات كما أن التشريع يساعد القائمين بتطبيقه على حسن أدائهم لمهمتهم مما يؤدى إلى استقرار المعاملات وسيادة الأمن فى الجماعة ، وهذا بخلاف المصادر الأخرى للقانون، ومنها العرف ، إذ هو مصدر غير واضح، وغير مدون كالتشريع ، وذلك من شأنه أن يؤدى إلى صعوبة التحقق من وجوده ويثير النزاع حول قيامه وتكوينه وتحديد مضمونه مما يؤدى إلى عدم استقرار المعاملات واضطرابها .

ثانياً : والتشريع له أهمية خاصة، من جهة أنه يعتبر وسيلة سريعة لملاحقة التطورات والاستجابة لضرورات المجتمع ، وما قد يستجد فيها من ظروف تقتضى وضع قواعد عاجلة ، لا يمكن أن يسعف فيها العرف ، لبطء تكوينه ، واحتياجه إلى وقت طويل لنشوئه .

ثالثاً : ومن مميزات التشريع أنه يتسم بالعمومية ، فهو يسرى فى كل إقليم الدولة ، ويطبق على جميع المخاطبين بأحكامه ، وهذا من شأنه أن يؤدى إلى تحقيق وحدة أبناء الوطن الواحد فى ظل تشريع موحد يحكم عليهم جميعاً ، كما يؤدى ذلك إلى الاستقرار والتجانس فى حكم المعاملات ، وتتوافر فيه ضوابط القاعدة القانونية الصحيحة ، فهو ينظم السلوك ويقترن بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء[١].

رابعاً : ومن مزايا التشريع – كذلك – أنه يخضع القواعد القانونية للدراسة والبحث ، وبالتالى يكون القانون حصيلة نشاط القوى العاقلة المدبرة التى تتولاه بالبحث والفحص والدراسة والنقد والتمحيص والتدقيق والتحليل بغية تطويره وجعله ملائماً لمجابهة الواقع[٢].

خامساً : والتشريع – مع كل ذلك – يحقق انتقال الأنظمة القانونية من دولة إلى أخرى ومن جماعة إلى جماعة ، لأن الدول تهتدى بما يسن فى بعضها من القوانين عند وضع تشريعاتها ، فتأخذ ما فيها من مميزات ، وتتلافى ما يسفر عنه تطبيقها من مؤاخذات[٣].

ولهذه الأسباب جميعاً أصبح للتشريع فى المجتمعات الحديثة الغلبة على ما سواه من مصادر القانون الأخرى ، وزاد من أهميته كثيراً انتشار الأفكار الاجتماعية التى تسمح للدولة بالتدخل الكبير فى تنظيم العلاقات الخاصة .

---

(١) د. أحمـــد سلامة – فقرة ٤٧، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ٦١، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٤٤، د. منصـــور مصطفى منصور – ص ١٠٩، د. عبد الرازق فرج – ص ٤٣ وما بعدها، د. شمس الدين الوكيل – ص ١٤٠ وما بعدها.

(٢) فى هذا المعنى: د. جمال الدين طه العاقل – ص ٩١.

(٣) المرجع نفسه.

الفرع الثانى

عيوب التشريع ومناقشتها

ورغم المزايا التى يتصف بها التشريع ، إلا أن مما يعاب عليه ما يلي :

(١) أنه من عمل الحاكم ، وقد يؤدى إلى أن يقوم بإصدار تشريعات ضد رغبات الشعب من أجل تأكيد سطوته وإحكام قبضته ، وهذا النقد وإن كان وجيهاً ، إلا أن مبعثه قد يكون نابعاً من سوء الظن بالحاكم أو عدم الثقة فى السلطة الحاكمة ، واتهامها من غير دليل بأنها لا تتحسس نبض الجماهير التى تحكمها ولا تدرى بما يدور حولها ، وهذا لا يعدو أن يكون اتهاماً بغير دليل ، وتعميماً فى الحكم على الأشياء لا يصدقه الواقع ، ولا يقبله المنطق ، سيما وأن التشريعات قد تصدر من أعرق الدول فى ممارسة الديمقراطية ، ولا يمكن تصور انحيازها وقت صدورها للحاكم لأن فى تلك الدولة من الحرية ما يقوى معه المحكومون على مجابهة الحاكم بالنقد ، ورده أولاً بأول إذا حدث منه انحراف أو تجاوز ، ولو كان لمثل تلك التخرصات حظ من الصدق أو القبول ، لظهر أثر ذلك فى حركة التشريعات على مستوى العالم فنراها فى ذبول وتقلص، لكن الواقع يشير إلى غير هذا ، فهى فى اضطراد دائم وتقدم مستمر ، ومن ثم لا يكون لمثل تلك التقولات أثر(١).

كما يمكن رد ذلك ، بأن التشريع يصدر عن سلطة منتخبة من الشعب وممثلة لإرادته ومنفذة لمقتضيات ظروفه وأحواله ، وأن المشرع يتدخل من وقت إلى آخر فيعدل التشريع بحسب حاجة المجتمع إلى ذلك(٢).

---

(١) فى هذا المعنى: د. جمال الدين طه العاقل – ص ٩٢.

(٢) د. عبد الرازق فرج – ص ٤٤ وما بعدها، د. سليمان مرقس – ص ٩٠ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٤٣، د. جميل لشرقاوى – فقرة ٤٤.

(٢) ويعاب على التشريع كذلك ، أنه يتسم بالجمود ولا يساير الظروف الجديدة فى المجتمع، وهذا النقد بدوره مردود، لأن المشرع يتدخل من وقت لآخر فيلغى التشريع ، أو يعدل من أحكامه كلما اقتضى الأمر ذلك[١].

(٣) وقد يكون من أكبر ما يؤخذ على التشريع ، أن ظروف إصداره قد تكون ظروفاً انفعالية يحكمها التسرع وعدم التروى ، أو قد يكون عارضاً لتحقيق مصالح فئة معينة على حساب أخرى من فئات المجتمع، وذلك فى ظل ظروف تاريخية معينة ، على نحو ما حدث فى فترة الستينات فى مصر ، حيث صدرت قوانين عديدة بهدف إنصاف العاملين ونصرتهم على أصحاب الأعمال ، ورعاية المستأجرين رعاية تجاهلت حقوق الملاك المؤجرين ، إضافة إلى قوانين القطاع العام وغيرها من القوانين التى صدرت فى فترة مؤقتة وفى ظل طفرة انفعال تشريعي عارض ، وفى غمرة رغبات شعبية طارئة ، بعيدة عن الموضوعية والتجرد والحكم على الرابطة القانونية من كافة نواحيها ، والنظر إلى المآلات البعيدة ، والآثار السيئة التى يمكن أن تترتب على ذلك التشريع ، خاصة وأن الذين يقومون بصناعة التشريع بشر ، يعتريهم ما يعترى البشر من الجنوح للمصالح الفئوية على حساب المصالح العامة ، ومن الانتصار للنفس على حساب الانتصار من الغير.

(٤) كما يلاحظ أن التقنين بعد صدوره - وعلى ما قد يكون فيه من مواد - يحظى بفترة من التقديس لنصوصه ، ثم لا يلبث الواقع أن يكشف عن ذلك الوهم ، ويستبين للناس أن هذا التشريع ما هو إلا خدعة كبرى[٢].

لكن ذلك العيب على كبره ، قد لا يكون له أثر كبير إذا تم اختيار أعضاء الهيئات التشريعية والبرلمانية بأسلوب جيد، إضافة إلى التغيير المتاح لتلك

---

(١) د. عبد الرازق فرج - المرجع نفسه - ص ٤٥.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى - ص ١١٧.

القوانين كلما جدت الحاجة إلى التغيير، ورغم تلك الانتقادات فإن التشريع سيظل دائماً هو المصدر الأقوى والأكثر انتشاراً.

المطلب الرابع

سن التشريع

يقوم دستور كل دولة ببيان الجهة التى تختص بسن التشريع وهذه الجهة تسمى السلطة التشريعية ، وهى قد تكون فرداً واحداً إذا كان حاكماً مطلقاً أو ملكاً ، وقد تكون مجلساً أو مجلسين نيابيين يقوم الشعب بانتخابهما ، كمجلس الشعب ومجلس الشورى ، ومن ثم فإنهما ينوبان عنه فى سن التشريعات ، وقد يشارك رئيس الدولة المجلس النيابى بما يثبت له من حق التصديق أو الاعتراض على التشريعات ، كما فى النظم البرلمانية التى تقوم على مبدأ التعاون بين السلطات ومنها مصر .

وأحياناً يقوم رئيس الدولة بسن التشريع إذا وجدت ظروف معينة تستلزم ذلك .

ويلاحظ أن السلطة التى تقوم بوضع التشريع تختلف بحسب أهمية هذا التشريع فقد يعالج التشريع أموراً خطيرة تتعلق بمصالح البلاد العليا أو يتناول التشريع النظام الأساسى للدولة ، وفى هذه الحالة لا يكتفى بالسلطة التشريعية العادية بل يوكل الأمر إلى هيئة مشكلة على نحو معين أو يرجع فى ذلك إلى الشعب ليقرر ما يراه محققاً للصالح العام ، أو إلى جمعية تأسيسية تشكل لهذا الغرض .

وقد يكون التشريع عادياً فتختص بوضعه السلطة التشريعية العادية فى البلاد مثل مجلس الشعب فى مصر .

وقد يتعلق التشريع بمسائل تفصيلية لها أهمية ثانوية تتصل بالتطبيق العملى فيتولى وضعه السلطة التنفيذية نظراً لاتصالها الدائم بميدان العمل بين الناس ، ولهذا تكون أقدر على إدراك مدى حاجتهم[1].

وسن التشريع يختلف بحسب نوعه وتدرجه من حيث القوة ، ولهذا ينبغى بيان ذلك :

أولاً : تدرج التشريعات بحسب القوة :

تتعدد التشريعات وتختلف من حيث قوتها بحسب أهمية المسائل التى تعالجها ، ومن ثم فإنها تتدرج فى القوة فأعلاها الدستور وهو التشريع الأساسى ويليه التشريع العادى أو الرئيسى وهو يشمل القوانين العادية ، ثم يلى ذلك فى القوة التشريع الفرعى وهو اللوائح والقرارات الإدارية التنظيمية التى تصدرها السلطة التنفيذية .

ويترتب على هذا التدرج التشريعى ، أن التشريع الأدنى درجة لا يجوز أن يخالف التشريع الأعلى منه ، فلا يجوز أن تخالف القوانين العادية أو اللوائح والقرارات الإدارية الدستور ، ولا يصح أن يخالف التشريع الفرعى (اللوائح والقرارات الإدارية) التشريع العادى أو الرئيسى ، وعند تعارض تشريعين من درجتين مختلفتين تكون الغلبة للتشريع الأعلى درجة على التشريع الآخر ، والقضاء هو الذى يقوم بالفصل فى ذلك[2] .

وسندرس فيما يلى الأنواع المختلفة للتشريعات وبيان كيفية سنها والسلطة المختصة بوضعها .

(١) د. جمال الدين العاقل – ص ٩٣.

(٢) المرجع نفسه – ص ٩٤.

ثانياً : أنواع التشريعات بحسب درجتها وطريقة إصدارها :

وينقسم التشريع بحسب درجته وطريقة إصداره إلى التشريعات المختلفة التالية :

(١) **التشريع الأساسى ، ويسمى الدستور :** ويختص بوضعه هيئة سياسية عليا عادة ، أو جمعية تأسيسية تنتخب لهذا الغرض .

(٢) **التشريع العادى أو الرئيسى :** وهو عبارة عن القوانين التى تقوم بوضعها السلطة التشريعية ، وهى مجلس الشعب عندنا فى مصر.

(٣) **التشريع الاستثنائى :** وهو القواعد القانونية التى يقوم بوضعها رئيس الدولة فى ظروف معينة كحالات الضرورة ، أو فى غير دور انعقاد السلطة التشريعية (مجلس الشعب) .

(٤) **التشريع الفرعى ؛** وهو يتمثل فى اللوائح والقرارات الإدارية ذات الصبغة التشريعية التى تتولى وضعها الوزارات المختلفة أو الهيئات العامة ، أو الوزراء المختصون أو مديرو العموم وهم بصدد تنظيم الأعمال داخل وزاراتهم أو إداراتهم ، وسوف نبين طريقة سن كل تشريع فى مطلب على حدة.

الفرع الأول

سن التشريع الأساسى (الدستور)

يعتبر التشريع الأساسى كما عرفنا من قبل هو الدستور ، وهو يشمل القواعد القانونية التى تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها ويحدد السلطات العامة فيها ، واختصاص كل منها ، ويقرر الحقوق الأساسية للأفراد وواجباتهم والضمانات العامة لحمايتها ؛ وقد سبق بيان ذلك .

السلطات المختصة بسن الدستور :

تختلف السلطة المختصة بوضع الدستور من بلد لآخر ، وفى البلد الواحد من زمان لآخر ، فقد يتولى وضع الدستور هيئة سياسية عليا قد تتمثل فى الحاكم ، وقد تكون جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب وقد تكون السلطة التشريعية فى البلاد وقد يكون الشعب نفسه عن طريق الاستفتاء .

وكان أول دستور صدر فى مصر سنة ١٩٢٣ ، في شكل منحة من الملك فؤاد للشعب . وقد صدر دستور الجمهورية العربية المتحدة فى ٢٥ مارس سنة ١٩٦٤ ، كما صدر الدستور الحالي في ١٩٧١/٩/١١م ، حيث تم هذا في التاريخ إعلان دستور مصر الدائم ، والذي تم تعديله بقرار مجلس الشعب في ١٩٨٠/٤/٣٠م .

طريقة سن الدستور وتعديله :

كما تختلف طريقة سن الدساتير عن طريقة تعديلها ويحسن بيان ذلك مع بيان دستورية القوانين :

أولاً : طريقة سن الدستور :

يمكن القول إن الدساتير تنقسم من حيث طريقة سنها إلى أنواع ثلاثة هى:

(١) الدستور الممنوح :

وهو الدستور الذي يصدر فى شكل منحة من الحاكم للشعب . ومن أمثلة ذلك : الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٢٣ ، حيث كان منحة من الملك فؤاد.

(٢) الدستور الاتفاقى :

وقد يصدر الدستور فى صورة عقد بين الشعب والحاكم ، يقوم الحاكم بمقتضاه بإصدار الدستور الذى يكفل حقوق الشعب .

ويلاحظ أن انجلترا كانت أسبق الدول إلى فكرة التعاقد ، فقد ثار النبلاء فى وجه الملك وأجبروه على إمضاء العهد الأكبر ، وفى فرنسا تنازل الملك شارل العاشر عن العرش واجتمع نواب الأمة ووضعوا مشروع دستور سنة ١٨٣٠ ، وتلى هذا الدستور على الملك الجديد ووافق عليه قبل جلوسه على العرش ، ويسمى الدستور الصادر بهذه الطرق ؛ بالدستور الاتفاقى ..

(٣) الدستور الشعبى :

وهناك طريقة أخرى لسن الدستور وهى : أن يقوم الشعب نفسه بوضع الدستور عن طريق هيئة تأسيسية منتخبة من الشعب ، أو تقوم الحكومة بوضع الدستور ثم يطرح على الشعب للاستفتاء ، وقد حدث ذلك بالنسبة للدستور المصرى الصادر سنة ١٩٥٦، ويسمى الدستور الصادر بتلك الطريقة، بالدستور الشعبى، وهو أكثر أنواع الدساتير[١].

ثانياً : طريقة تعديل الدستور :

تنقسم الدساتير من حيث الطريقة التى يجب اتباعها لتعديل أحكامها أو إلغائها إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة، وهذا مما لا يختلف فيه نظر الفقه .

(١) الدستور المرن :

هو الذى يكفى لتعديله أو إلغائه اتباع نفس الإجراءات اللازمة لتعديل القوانين العادية ، ومثال الدستور المرن: الدستور الإنجليزى ، حيث يمكن تعديله بما تعدل به القوانين العادية .

(٢) وأما الدستور الجامد :

فإنه لا يمكن تعديله أو إلغاؤه إلا بعد اجراءات طويلة ، وتوافر شروط معينة لا يلزم اتباعها عند تعديل القوانين العادية ، وتعتبر – بلا شك – أكثر

---

(١) فى هذا المعنى: د. جمال الدين العاقل – ص ٩٦.

منها تعقيداً وأعظم تشدداً ، ويعتبر الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ مثالاً لذلك ، فقد نصت المادة (١٨٩) منه ، على ما يلى : " لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ويجب أن يذكر فى طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها ، والأسباب الداعية لهذا التعديل فإذا كان الطلب صادراً من مجلس الشعب ، وجب أن يكون موقعاً من ثلث أعضاء المجلس على الأقل ، وفى جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ، ويصدر قراراً فى شأنه بأغلبية أعضائه ، فإذا رفض الطلب، لا يجوز إعادة النظر فى تعديل المواد ذاتها قبل مضى شهر على هذا الرفض".

فإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل ، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة المواد المطلوب تعديلها ، فإذا وافق على التعديل ثلث أعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتائه فى شأنه .

فإذا ووفق على التعديل اعتبر نافذاً من تاريخ إعلان نتيجة الإستفتاء .

ثالثاً : دستورية القوانين :

من المقرر أن الدستور يعتبر أعلى مراتب التشريع ، ولهذه المرتبة فإنه لا يجوز أن تخالف النصوص القانونية أحكام الدستور ، ومع ذلك فإن تلك المخالفة رغم صحة الحكم عليها مجردة ، إلا أن مضمونها قد أثار خلافاً فى الرأى حول طبيعة الإجراء الذى يلزم اتخاذه نحوها ، وما إذا كان يجوز معه للقاضى أن يمتنع عن تطبيق النص المخالف للدستور أم لا يجوز له ذلك ؟ ، وبعبارة أوضح ؛ هل من حق المحاكم أن تراقب مبدأ دستورية القوانين :

لقد أثار هذا الحكم خلافاً فى الرأى ، وقد جاء هذا الخلاف من جراء سكوت المشرع المصرى عن تقرير حكم فى الموضوع، حيث لم يعط المحاكم هذا الحق، ولم يمنعها منه ، ومن ثم ظل الأمر متروكاً لاجتهاد الفقهاء والمحاكم ، وهذا الاجتهاد يفرق بين مخالفة القانون للدستور من الناحية

الشكلية ، ومخالفته له من الناحية الموضوعية ، ولكل حالة من هاتين المخالفتين حكماً :

(١) المخالفة الشكلية :

فيما يتعلق بالمخالفة الشكلية نجد أن الفقهاء يتفقون على ثبوت الحق للمحاكم فى أن تراقب دستورية القوانين من حيث الشكل ، وبناء على ذلك فإن للمحاكم الحق فى الامتناع عن تطبيق القانون الذى جاء مخالفاً للدستور من حيث الشكل ، وذلك كأن يكون القانون قد صدر غير حائز للأغلبية المطلوبة ، أو لم ينشر فى الجريدة الرسمية ، أو لم يصدره رئيس الجمهورية ، ففى هذه الأحوال يكون القانون غير نافذ ولا يصح تطبيقه[١] .

(٢) المخالفة الموضوعية :

وأما المخالفة الموضوعية ، فقد حدث فيها خلاف كبير بين الفقهاء تركز حول مدى أحقية المحاكم فى مراقبة دستورية القوانين ، فذهب رأى إلى عدم إعطاء المحاكم الحق فى مراقبة دستورية القوانين فى هذه الحالة ، ومن ثم لا يحق للقاضى أن يمتنع عن تطبيق القانون غير الدستورى لأن ذلك يؤدى إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات ، فالدستور يجعل السلطة التشريعية مختصة بسن التشريعات والسلطة القضائية مختصة بتطبيقه ، فإذا امتنع القاضى عن التنفيذ فإنه يترتب على ذلك تعطيل القانون الأمر الذى يشكل افتئاتاً على اختصاص السلطة التشريعية[٢] .

وذهب الجانب الأكبر من الفقهاء وأحكام القضاء إلى وجوب الاعتراف للمحاكم بحق رقابة دستورية القوانين ، لأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد تغليب قاعدة على قاعدة أخرى فى حالة تعارض القاعدتين، وهنا يجب على

---

(١) د. جمال الدين العاقل – ص ٩٨.

(٢) المرجع نفسه، د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٣١.

القاضى أن يغلب القاعدة الدستورية لأنها أعلى مرتبة من التشريع العادى ، والقاضى إذ يفعل ذلك لا يكون قد اعتدى على السلطة التشريعية بل يكون قد ساير منطق تدرج التشريعات ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإنه إذا لم تخول الدولة الحق فى رقابة دستورية القوانين فإن هذا سيعنى أن السلطة التشريعية تجبر السلطة القضائية على تنفيذ القوانين المخالفة للدستور، وحين يكون لها الحق فى رقابة دستورية القوانين تستطيع أن تتخلص من هذا الإجبار.

هذا بالإضافة إلى أن الجميع يسلمون بأن للمحاكم حقاً فى الرقابة على دستورية اللوائح ، ولم يقل أحد بمنع هذه الرقابة بمقولة أنها تشكل اعتداء على السلطة التنفيذية ، فالقياس صحيح على ذلك للمحاكم الحق فى رقابة دستورية القوانين .

وقد تأكد هذا قضائياً فذهبت محكمة القضاء الإدارى ، والمحكمة الإدارية العليا إلى إثبات حق رقابة دستورية القوانين للمحاكم عند مخالفة القانون لنص دستورى ، أو عند خروجه على روح الدستور ، وقد أصبح الخلاف المتقدم بين الفقهاء والقضاء غير ذي جدوى ، سيما بعد صدور القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، والذى بموجبه أصبحت المحكمة الدستورية العليا هى الجهة المختصة بالفصل فى دستورية القوانين ، وذلك فى حالة الدفع بعدم دستوريتها أمام أى محكمة .

وتقرر المادة الأولى من هذا القانون : " أن المحكمة التى يتمسك أمامها بعدم دستورية القانون ، لا يجوز لها الفصل فى هذا الدفع بنفسها ، بل يتعين عليها أن تقرر وقف الفصل فى الدعوى الأصلية ، وتحدد للخصم موعداً لرفع

الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا"، والحكم الصادر من هذه المحكمة يكون حكماً نهائياً وملزماً لكافة المحاكم[1].

الفرع الثانى
سن التشريع العادى

يطلق اصطلاح التشريع العادى فى هذا الموطن من الدراسة، ويقصد منه: القانون بالمعنى الضيق الذى يراد به مجموعة القواعد القانونية التى تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، والذى تقوم به السلطة التشريعية فى حدود اختصاصها بسن التشريع على النحو المبين بالدستور .

ويتولى السلطة التشريعية فى مصر ، مجلس الشعب ، وقد نصت المادة (٨٦) من الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٧١ ، على أنه : " يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ويقرر السياسة العامة للدولة " وتنص المادة (١٣٧) على أنه : " يتولى رئيس الجمهورية السلطة التنفيذية ويمارسها على الوجه المبين بالدستور " .

المراحل التى يمر بها سن التشريع العادى :

يمر التشريع العادى عند سنه بعدة مراحل هى : مرحلة الاقتراح والمناقشة والتصويت ، والتصديق ، وإصدار التشريع ، ونبين هذه المراحل بالتفصيل الذى تقتضيه الدراسة ، وذلك كما يلى :

أولاً : مرحلة الاقتراح :

التشريع شأنه شأن أى فكرة يراد لها أن تظهر إلى حيز الوجود، ولذلك فإنه يبدأ اقتراحاً ، والاقتراح هو الصياغة الأولية التى تتجسد فيها فكرة

---

(١) المرجع نفسه – ص ٩٩، د. عبد المنعم البدراوى – السابق.

التشريع ، فلابد أن نكون بصدد فكرة ، ولابد أن تتجسد تلك الفكرة فى صياغة محددة يدور حولها النقاش ، ويتجاذب المتناقشون فيها أطراف الحديث ، ويشتد حول بعض نصوصها الخلاف حتى يحتد، ثم ينتهى برفع أيدى الأغلبية للموافقة ، أو ظهور أصوات الموافقين والمخالفين على شاشة ضوئية تعطى قراءة سريعة برأى الأغلبية فى المسائل التى يدور حولها الخلاف بالموافقة أو بالمخالفة .

وحق اقتراح القوانين مقرر أولاً للسيد رئيس الجمهورية ، وهو لن يمارس هذا الحق بنفسه ، حيث لا يتصور فيه الإحاطة بكل شيئ ، ولا يفترض فيه أنه متخصص فى كل الأمور ، وإنما سيمارسه بواسطة أعوانه من الخبراء والمستشارين والوزراء الذين يعدون المشروع بواسطة اللجان الفنية فى وزاراتهم ، فإذا ما انتهت تلك الصياغة التى لا يتصور فيها إلا أن تكون أولية ، أحال الوزير المختص المشروع إلى قسم التشريع بمجلس الدولة لصياغته ابتداء ، إذا كان الاقتراح المقدم فكرة يراد لها أن تتخذ شكل قانون ، أو لمراجعة صياغته إذا كان قد أحيل بعد صياغته صياغة أولية ، وبعد ذلك يعرض على السيد رئيس الجمهورية، فإذا ارتضى ما قدم له ، أحاله إلى مجلس الشعب، والاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية يسمى (مشروع بقانون)، وهذا المسمى يختلف عن ذلك الاقتراح بقانون ، الذى يقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب، حيث يسمى (اقتراح بقانون)، وقد نصت المادة (١٠٩) من دستور مصر الدائم والصادر سنة ١٩٧١ على أنه : " لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين"، ويحال كل مشروع قانون إلى إحدى لجان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه ، على أنه بالنسبة لمشروعات القوانين المقدمة من أعضاء مجلس الشعب ، فإنها لا تحال إلى تلك

اللجنة ، إلا بعد فحصها أمام لجنة خاصة لإبداء الرأى فى جواز نظر المجلس فيها بعد أن يقرر المجلس ذلك[1] .

ثانياً : المناقشة والتصويت :

بعد فحص مشروعات القوانين من اللجان المختصة ، يجب عرضها على المجلس حتى تتم مناقشتها ويجرى التصويت عليها ، وبعد أن يعرض المشروع على المجلس بكامل هيئته تجرى مناقشته ، وبعد المناقشة يؤخذ الرأى على المشروع أو الاقتراح مادة مادة[2] .

وتتم الموافقة على المشروع أو الاقتراح بالأغلبية المطلقة للحاضرين ، وعند تساوى الآراء يعتبر المشروع مرفوضاً[3] ، ومن الضوابط التى وضعها الدستور لذلك أنه :

(أ) لا يكون انعقاد المجلس صحيحاً إلا بحضور أغلبية أعضائه .

(ب) وأن المجلس يتخذ قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين ، ويراد بالأغلبية هنا ، حضور عدد يزيد عن نصف أعضاء المجلس ، فإذا لم تتوافر هذه الأغلبية أو تساوت الآراء فإن الموضوع يعتبر مرفوضاً كما سبق بيانه .

(ج) ويجرى التصويت على مشروعات القوانين مادة مادة .

(د) كل مشروع قانون اقترحه الأعضاء ورفضه المجلس لا يجوز تقديمه مرة ثانية فى نفس دورة الانعقاد[4].

---

(١) مـــادة ١١٠ مـــن الدستور الحالى، وراجع: د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٢٢، د. جميل الشرقاوى – ص ١١١ ومـــا بعدها، د. أحمد سلامة – فقرة ٤٧، د. عبد الرازق فرج – ص ٤٨ وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ٦٦، د. منصور مصطفى منصور – ص ١١٣ وما بعدها.

(٢) مادة ١٠٧ من الدستور.

(٣) نفس المادة.

(٤) مادة ١١١ من الدستور.

وبعد أن تتم مناقشة نصوص المشروع مادة مادة ، يعرض للتصويت ، فإذا وافقت عليه الأغلبية كان ذلك موافقة على المشروع.

ثالثاً : تصديق رئيس الجمهورية :

بعد موافقة مجلس الشعب على المشروع يعرض على رئيس الجمهورية الذى أعطاه الدستور حق الاعتراض على القانون[1]، والتصديق على هذا النحو يعتبر عملاً تشريعياً ، حيث يعتبر مظهراً لاشتراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية كأحد نتائج الأخذ بالنظام البرلمانى الذى يعتمد على التعاون بين السلطات ، وليس على الفصل التام بينهما على نحو ما هو مقرر فى النظم الرئاسية .

فإذا أرسل المشروع إلى رئيس الجمهورية ووافق عليه ولم يرده ثانية إلى المجلس فى مدى ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس له ، اعتبر قانوناً وأصدر[2].

أما إذا اعترض رئيس الجمهورية على المشروع ، فإنه يجب عليه أن يرده إلى المجلس فى مدة الثلاثين يوماً المحددة بالدستور من تاريخ إبلاغ المجلس له ، فإذا رده إلى المجلس فى الموعد السابق ، وجب على المجلس إعادة المناقشة وأخذ الأصوات عليه من جديد، وفى هذه الحالة فإنه يشترط أن يوافق عليه ثلثا الأعضاء الذين يتكون منهم المجلس ، وليس ثلثى الحاضرين فقط[3] ، فإذا حاز المشروع تلك الأغلبية اعتبر قانوناً وأصدر .

ومن ثم يبدو أن حق رئيس الجمهورية فى الاعتراض على مشروع القانون لا يؤدى إلى إسقاطه بمجرد الاعتراض، وإنما قد تؤدى – فقط – إلى

---

(١) مادة ١١٢ من الدستور.

(٢) مادة ١١٣ من الدستور.

(٣) النص السابق.

مجرد تأخيره ، وذلك فى حالة ما إذا أعيد عرضه على مجلس الأمة ، وأقره بالأغلبية المطلوبة فى الدستور ، ولذلك فإنه من الأوفق أن يسمى ذلك الاعتراض : بالإعتراض التوقيفي ليس إلا[1].

رابعاً : إصدار التشريع :

بعد موافقة رئيس الجمهورية على المشروع ، أو عدم اعتراضه عليه ، أو اعتراضه عليه وإقراره من مجلس الشعب بعد ذلك الاعتراض على نحو ما سبق ، تتم العملية التشريعية ويوجد القانون ، إلا أن هذا القانون لا ينفذ إلا بإجراء من جانب رئيس الجمهورية بصفته رئيس السلطة التنفيذية الموكول إليها تنفيذ القانون .

فالإصدار : عمل صادر من رئيس الجمهورية مفيداً لتحقيق أمرين هما:

(١) إثبات وجود التشريع ، أى إعلان أن السلطة التشريعية قد أصدرت قانوناً وفقاً لأحكام الدستور ، فالإصدار بمثابة شهادة الميلاد بالنسبة للقانون الجديد .

(٢) أن الإصدار يتضمن أمراً من رئيس الجمهورية بصفته رئيس السلطة التنفيذية ، لسائر أعضاء هذه السلطة وعمالها ، بتنفيذ التشريع الجديد كقانون من قوانين الدولة، ومن ثم يصبح واجب النفاذ.

والإصدار واجب على رئيس الجمهورية ؛ لأنه إن لم يفعل يكون قد عطل تنفيذ قانون اعتمدته السلطة التشريعية ، وهو ما ينطوى على معنى الاعتداء عليها ، ومن ثم فلا يجوز له الامتناع عن الإصدار أو تأخيره ، وهو ليس ملزماً بانتظار مدة الثلاثين يوماً المحددة للاعتراض ليصدر القانون ، بل إن بمقدوره أن يصدره بمجرد إبلاغه به ، ويتضمن هذا بالطبع عدم استعماله حق الاعتراض على المشروع .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – مبادئ القانون – ص ١٢٣.

ويستهل التشريع بالعبارة الآتية :
مجلس الشعب .
رئيس الجمهورية .
قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه ، وقد أصدرناه .

ويشار إلى التشريعات فى مصر ، برقم مسلسل خلال السنة التى صدرت فيها ، ويأخذ القانون تاريخ إصداره بواسطة رئيس الجمهورية، فيقال مثلاً : القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ وفى نهايته : يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وينفذ كقانون من قوانينها ، صدر برئاسة الجمهورية فى ٢٢ المحرم سنة ١٣٨١ هـ (٥ يوليو سنة ١٩٦١) .

خامساً : نشر التشريع :

يصبح التشريع واجب النفاذ بإصداره ، ولكنه لا يجوز أن يطبق فى حق الأفراد إلا إذا توافرت لهم وسيلة العلم به ، ولهذا كان من العدل أن يعلق تطبيق التشريع على نشره ، فالنشر إجراء يقصد به تمكين الأفراد من العلم بالقانون ليكونوا ملزمين بأحكامه ، وقد اختارت الشرائع الحديثة طريقة خاصة للنشر هى نشر التشريع فى جريدة خاصة تعرف فى مصر بـ(الجريدة الرسمية) ، فلا يجوز النشر فى سواها، ولا يقوم مقامها أى إجراء آخر ، ومن ثم فلا يجزئ النشر إذا تم فى الصحف اليومية ، أو بطريق الإذاعة ، أو التليفزيون ، أو عبر شبكة الإنترنت الدولية ، أو إخطار الفرد به شخصياً بطريق آخر كخطاب أو إنذار على يد محضر، حيث لا يغنى عن نشر التشريع فى الجريدة الرسمية شيئ سواها ، وهذا النشر واجب بالنسبة لكافة صور التشريعات ، يستوى فى هذا التشريع الدستور ، والتشريع العادى، والتشريع الفرعى .

وقد ألزم الدستور السلطة التنفيذية بنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها بواسطة رئيس الجمهورية[1]،وإذا تم نشر القانون فى الجريدة الرسمية فإنه يعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها، إلا إذا صدر لذلك ميعاد آخر ، وإذا تم النشر، فإن علم الكافة بالقانون يفترض، لأن هذا النشر يعد قرينة قاطعة على علم الجميع به ، فلا يجوز لأحد منهم بعد ذلك أن يدعى شخصياً أنه لم يعلم بالقانون، حيث لا يقبل من أحد أن يدعى جهله بالقانون، أو لا يفترض فى أحد الجهل بالقانون، وبدون هذا الافتراض يختل تطبيق التشريع وتزول عنه صفة العمومية .

الفرع الثالث

سن التشريع الفرعى

يتمثل التشريع الفرعى فيما تسنه الدولة من خلال سلطتها التنفيذية من لوائح تنظيم وتفصيل التشريع العادى، ولترتيب المرافق والمصالح العامة ، ولحفظ الأمن وصيانة الصحة العامة ، واللوائح التى يحتويها التشريع الفرعى ثلاثة هى : اللوائح التنفيذية ، واللوائح التنظيمية ، ولوائح الضبط أو البوليس، وتشريع الضرورة ، ونبين كلاً منها تباعاً :

أولاً: اللوائح التنفيذية :

وهى تلك التى تصدر تنفيذاً للقانون الصادر من السلطة التشريعية ، وذلك من خلال اتصالها المستمر بالجماهير ، وتعرفها على التفصيلات الدقيقة اللازمة لوضع هذه الأسس والقواعد موضع التنفيذ.

---

(١) مادة ١٨٨ من الدستور.

وقــد نصت المادة (١٤٤) من الدستور الدائم الصادر فى سنة ١٩٧١ ، على أنه : " يصدر رئيس الجمهورية اللوائح لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطــيل أو إعفاء من تنفيذها ، وله أن يفوض غيره فى إصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه " .

ومــن أمــثلة اللوائــح التنفــيذية الصادرة من رئيس الجمهورية تنفيذاً للقانون، القــرار الجمهورى رقــم (٢٥٠) لسنة ١٩٧٥ ، بشــأن القانون رقم (١٠٣) لســنة ١٩٦١، ويجــب أن تتقيد هذه القرارات بوضع الإجراءات التى تكفل تنفيذ القانون ، ولا تتجاوز ذلك إلى حد تعديل أحكام القانون أو تعطيلها .

ثانياً : اللوائح التنظيمية :

وهى التى توضع لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة ، وترتيبها ، وتنسيق سير العمل فى هذه المرافق والمصالح والإدارات الحكومية ، وهذه اللوائح مستقلة بذاتها ، ويستقل رئيس الجمهورية بوضعها دون استناد إلى تشريع قائم ، كما هو الشأن بالنسبة للوائح التنفيذية، وذلك بناء على ما تقضي به المادة (١٤٦) من الدستور ، هذه اللوائح تختص بوضع الأسس التفصيلية التى لا يعنى بها القانون غالباً ، وهو معنى بوضع الأسس العامة للتنظيم الإدارى للدولة .

ثالثاً : لوائح الضبط :

وتسمى هذه اللوائح ؛ لوائح الضبط أو البوليس ، وهى الأخرى من اللوائح المستقلة أى التى لا تستند إلى تشريع رئيسى تقوم بتنفيذه، وهذه اللوائح أكثر خطورة من اللوائح التنظيمية لأنها تمس الأفراد فى حرياتهم وأموالهم مباشرة ، وغيرها لا يتعدى إلى ذلك .

والقصد من سن تلك اللوائح ،المحافظة على الأمن العام والسكينة العامة، والصحة العامة ، وقد نصت المادة (١٤٥) من الدستور على أن : " رئيس

الجمهورية هو الذى يصدر لوائح الضبط" ، وبدهى فإن السلطة التنفيذية لا تستطيع أن تنظم هذه الأمور الثلاثة بدون أن تحد من حريات الأفراد وتصرفاتهم .

ومن أمثلتها لوائح المرور ، واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية ، والخاصة بمنع انتشار الأوبئة ، واللوائح الخاصة بالمحال العامة ، والخطرة ، والمقلقة للراحة ، أو المضرة بالصحة .

وتتضمن لوائح الضبط بعض العقوبات ، ولكنها مقررة بالنص عليها فى قانون العقوبات فى المادة (٣٩٥) ، التى تنص على أن: "من خالف أحكام اللوائح العمومية أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العمومية أو البلدية أو المحلية ، يجازى بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائح ، بشرط ألا تزيد على العقوبات المقررة للمخالفات ، فإذا كانت العقوبات فى اللوائح زائدة عن هذه الحدود ، وجب حتماً إنزالها إليها ، فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين قرشاً "، وبالمناسبة فإن تلك المادة تعتبر هى المادة الأخيرة من قانون العقوبات .

رابعاً : تشريع الضرورة :

وتشريع الضرورة ، هو ما يصدره رئيس الجمهورية فى حالة الضرورة، وفـى الأحـوال الاستثنائية بناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه ، وهذه القرارات لها قوة القانون . وهذا التفويض يجب أن يكون لمدة محددة ، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات ، والأسس التى تقوم عليها ، ويجـب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض ، أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها ، زال ما كان لها من قوة القانون[1].

---

(١) المادة ١٠٨ من الدستور.

وكذلك الشأن فيما لو حدث فى غيبة المجلس ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل ، فإنه يجوز لرئيس الجمهورية أن يصدر بشأنها قرارات تكون لها قوة القانون ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها ، إذا كان المجلس قائماً ، وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر(١).

رقابة شرعية اللوائح :

من المقرر أن اللائحة لا يجوز أن تخالف القانون ، وهذا يصدق على جميع اللوائح سواء أكانت تنفيذية أم تنظيمية أم لوائح ضبط ، وهنا يثور تساؤل : ما الحكم إذا خالفت اللائحة القانون ؟ ، وهل يجوز للقضاء أن يمارس سلطة رقابة شرعية اللوائح ؟ ، لقد جرى القضاء فى مصر على ممارسة ذلك، متى ثبت له أن اللائحة مخالفة للقانون ، فإذا وجدها كذلك ، فإن له أن يمتنع عن تطبيقها ولكنه لا يملك الحكم ببطلانها استقلالاً ، لكن له أن يمتنع عن إنزال حكمها فى الدعوى المرفوعة أمامه من تلقاء نفسه ، حتى ولو لم يطلب منه أحد ذلك .

أما القضاء الإدارى ، فإن له فضلاً عن عدم تطبيق اللائحة المخالفة للقانون ، الاختصاص بأن يحكم بإلغائها متى طعن أصحاب المصلحة فيها بدعوى خاصة تعرف بدعوى الإلغاء ، وقد أعطى قانون إنشاء مجلس الدولة لمحكمة القضاء الإدارى ، الاختصاص بالنظر فى الطلبات التى يقدمها الأفراد أو

---

(١) مادة ١٤٧ من الدستور.

الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص ، أو وجود عيب فى الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ فى تطبيقها وتأويلها أو إساءة استعمال السلطة[1]، وميعاد الطعن بالإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر اللائحة فى الجريدة الرسمية ، ويصدق ذلك من باب أولى فى حالة مخالفة اللائحة لأحكام الدستور[2].

عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

من المعلوم أن الطريقة الوحيدة التى يعتد بها القانون فى إعلام الناس بالتشريع ، هى نشره فى الجريدة الرسمية .

وبناء على ذلك فإنه إذا نشر التشريع فى الجريدة الرسمية وانقضت المدة القانونية فإنه يفترض أن الناس قد علموا بالقانون وأصبحوا مطالبين بتنفيذه ، حتى ولو كانوا في حقيقة الأمر يجهلون القراءة والكتابة أو لم يطلعوا على الجريدة الرسمية المنشور بها التشريع، فلا يصح لأحد أن يحتج بأنه يجهل القانون حيث لا يعذر أحد بجهله بالقانون ، وهذه قاعدة من القواعد المقررة فى الدستور ، ومسلم بها كما أنها قد حظيت بشهرة ارتفعت بها إلى مستوى الأصول القانونية ، ويراعى أن هذه القاعدة لا تطبق إلا بالنسبة للالتزامات التى يفرضها القانون على الأفراد ، أما بالنسبة للحقوق التى يمنحها القانون فإن هذه الحقوق تتحدد قبل نشر القانون[3].

كما يراعى – أيضاً – أن الأجانب الذين يتواجدون على إقليم الدولة ، تسرى عليهم أحكام التشريع كما يسرى على المواطنين ، بحيث إذا وجد واحد

---

(١) مادة ٨ من قانون مجلس الدولة.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٣٠.

(٣) د. جمال الدين العاقل – ص ١٥٣، د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٣٢.

منهم فى مركز قانونى ينظمه التشريع الذى صدر ونشر فى الجريدة الرسمية فلا يقبل منه الاحتجاج بجهله القانون .

هذا وقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تسرى أيضاً على السلطة القضائية ، وكذلك السلطة التنفيذية حيث يفترض فى القاضى العلم بالقانون كما ينبغى على السلطة التنفيذية عندما تصدر قراراتها أن تكون هذه القرارات متفقه مع القانون ، وإلا كانت عرضة للإلغاء ، حيث لا يقبل منه الاحتجاج بجهله القانون ، لأنه لو أبيح ذلك لأي أحد، لانتشرت الفوضى وساد الاضطراب فى المجتمع[١].

مبررات هذه القاعدة :

وقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مؤسسة على مقتضيات عملية هى وجوب تطبيق القانون دون هوادة، لأنه لو فتحنا باب الاعتذار بالجهل بالقانون لأدى ذلك إلى عدم تطبيقه على غالبية الأفراد ، فالقليل منهم هو الذى يعرف أحكام القانون وقواعده ، وقد يشفع للأخذ بهذه القاعدة فوق ما تحظى به من أهمية ، أنها فى الغالب يقتصر تطبيقها على قانون العقوبات ، كما أن معظم الجرائم الواردة فيه تحرمها الأخلاق ، فهى تعتبر من المعلوم للناس بالضرورة[٢]، وحتى لا تضيع عمومية القانون ويختل مبدأ المساواة بين الناس أمامه[٣].

نطاق تطبيق المبدأ :

وتطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ليس على إطلاقه، وإنما هو مقيد بمجموعة من الاستثناءات التى ترد عليه ، وهى كما يلى :

---

(١) د. جمال الدين العاقل – ص ١٥٤.

(٢) المرجع نفسه.

(٣) د. عبد المنعم البدراوى – السابق.

(أ) حالة القوة القاهرة :

تعتبر حالة القوة القاهرة واحدة من الاستثناءات الواردة على المبدأ ويقصد بالقوة القاهرة هنا ، قيام ما يحول دون وصول العلم بالقانون إلى المخاطبين به ، فإذا وجدت ظروف مادية قاهرة تمنع هذا العلم كزلزال أو حرب أو مرض وبائى ، أدى إلى عزل منطقة من مناطق لإقليم الدولة يكون للأفراد المعزولين الحق فى التمسك والاحتجاج بعدم علمهم بأحكام القانون ، ومن العدل والإنصاف أن يعذروا بسبب ذلك الظرف القاهر .

وكذلك لو قام جيش من العدو بمحاصرة مكان فأدى هذا الحصار إلى عدم علم الأشخاص الموجودين داخله بالقانون ، فإن لهؤلاء الأشخاص أن يتمسكوا بعدم العلم بالقانون ، ويعذروا بذلك[1] .

(٢) الغلط فى القانون :

فى المسائل غير الجنائية يمكن للأشخاص الاحتجاج بالغلط فى القانون ، عملاً بالمادة (١٢٢) من القانون المدنى المصرى ، التى تقضى بجواز إبطال العقد إذا كان الدافع إليه الغلط فى القانون ، ومثال ذلك أن يقوم وارث ببيع نصيبه فى التركة اعتقاداً منه أنه الربع ، وهو فى حقيقته النصف ، فهنا يحق للوارث المطالبة بإبطال البيع للغلط الذى وقع فيه .

وكذلك الأمر بالنسبة لمن تصالح مع قريب له على أنه وارث ، فاتضح أنه غير وارث شرعاً ، ويرى بعض الفقهاء الاستناد إلى أن المشرع إنما أجاز التمسك بالغلط فى القانون للوصول إلى أن الجهل بالقانون يعتبر عذراً ، قول غير صحيح ، لأنه يخلط بين الجهل بالقانون والغلط فيه .

وكذلك تستثنى من هذه القاعدة حالة الجهل بقوانين غير جنائية حيث تمنع المسئولية الجنائية إذا كانت العقوبة مؤسسة عليها ، والقضاء والفقه فى

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٣٣، د. جمال الدين العاقل – ص ١٥٧.

فرنسا مستقر على ذلك وبناء عليه فقد حكمت محكمة باريس ببراءة من استولى على كنز موجود فى أرض غيره جاهلاً أن نصيبه النصف فقط ، ولا يعد هذا خروجاً على المبدأ القائل بعدم جواز الاحتجاج بالجهل بالقانون فمن عثر على الكنز فى أرض مملوكة لغيره لا يعاقب لعدم توافر القصد الجنائى لديه، وهو ركن من أركان الجريمة(١) .

ويلاحظ - أيضاً - أنه فى المسائل غير الجنائية قرر المشرع المصرى إعفاء الموظف العمومى من المسئولية المدنية إذا ارتكب فعلاً غير مشروع وكان يعتقد مشروعيته ، إذا كان هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب معقولة(٢) .

(٣) فى المسائل الجنائية :

كما قرر المشرع – أيضاً – إعفاء الموظف العمومى من العقوبة الجنائية عملاً بالمادة (٦٣) من قانون العقوبات ، وذلك إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر رئيسه ، أو اعتقد أن إجراء الفعل من اختصاصه، وعلى الموظف أن يثبت ذلك، وأنه كان يعتقد – بناء على أسباب معقولة – مشروعيته .

والخلاصة أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تمثل مبدأ عاماً يصدق على كل القواعد القانونية أياً كان مصدرها ، وسواء كانت آمرة أو مكملة ، عرفية كانت أو دينية(٣) .

ويلاحظ أن الاستثناء الخاص بالقوة القاهرة ، يكون محدداً بمدة معينة وهى التى توجد فيها حالة القوة القاهرة ، فإذا زالت زال الاستثناء ، كما أن

---

(١) د. جمال الدين العاقل – ص ١٥٨.

(٢) مادة ١٦٧ مدنى مصرى.

(٣) د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٣٣.

هذا الاستثناء قاصر على القواعد التشريعية لأنها وحدها التى تنشر فى الجريدة الرسمية ، وتعتبر معلومة للناس بعد نشرها فى هذه الجريدة[١] .

وفى النهاية يلاحظ أن هذا المبدأ يتوجه للقاضى وللأفراد جميعاً، لأن القاضى يفترض فيه العلم بالقانون ، ويلتزم بتطبيقه من تلقاء نفسه وعليه أن يتحرى عنه، ويعمل حكمه بنفسه ، دون حاجة إلى طلب بذلك من الخصوم ، ودون أن يلزم أحد هؤلاء بإرشاده إلى نص القانون واجب التطبيق ، حيث يفترض أن المحكمة تعرف القانون[٢].

المطلب الخامس
تفسير التشريع وإلغاؤه

الفرع الأول
تفسير التشريع ووسائله

عند تطبيق التشريع وإنزال حكمه على الواقع ، قد يكشف ذلك التطبيق عن وجود غموض فى النص يقتضى فضه ، وبيان حقيقة المراد منه ، كما يجب على القاضى قبل تطبيق التشريع أن يتفهم المراد به حتى يستطيع تطبيقه على ما يعرض عليه من منازعات ؛ ويعرف التفسير بأنه : توضيح المراد بالنصوص الشرعية ، أو الاستدلال على الحكم القانونى من نصوص التشريع ، وهو يتحقق بتوضيح ما غمض من ألفاظ القانون وفض التعارض الذى قد يكون موجوداً بين نصوصه ، واستكمال ما نقص من أحكامه .

(١) د. جمال الدين العاقل – ص ١٥٩، وقارن ما ذهب إليه د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ١٣٢ وما بعدها، حيث يرى أن المبدأ يشمل جميع القواعد القانونية مهما كان مصدرها، وسواء كانت من قواعد القانون الخاص أو العام، وسواء أكانت عرفية أم دينية، وفى هذا المعنى: د. عبد الرازق فرج – ص ٥٨.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – السابق.

تفسير النصوص القانونية وأنواعه :

وأنواع تفسير النصوص القانونية هى التفسير القضائى ، والتفسير الفقهى ، والتفسير التشريعى ، ونبين مضمون هذه الأنواع فيما يلى :

(١) التفسير القضائى :

والتفسير بهذا المعنى هو عمل القضاء ، يقوم به بمناسبة ما يعرض عليه من خصومات ، ومن ثم فإن التفسير عند القضاء ليس غاية فى ذاته ، بل هو وسيلة يستخدمها بقصد الفصل فى المنازعات ، ولذلك فإنه لا يقبل من أحد أن يرفع دعوى إلى القضاء طالباً تفسير نص من النصوص الغامضة ، لأن التفسير فى العمل القضائى يعتبر شأناً قضائياً يستعمله القضاة عند الضرورة ، ومن ثم فإن التفسير يجب أن يكون بمناسبة نزاع فعلى معروض على القضاء[١].

ويمتاز التفسير القضائى عن التفسير الفقهى بالطابع العملى ، لأن القضاء يفسر القانون بمناسبة نزاع فعلى معروض عليه ، وقضايا ينظرها ، كما أنه يتأثر فى تفسيره بالضرورات والحاجات العملية .

(٢) التفسير الفقهى :

وأما التفسير الفقهى ، فهو الذى يقوم به الفقهاء وشراح القانون مما نراه مبسوطاً فى كتبهم ومؤلفاتهم، ويغلب على هذا التفسير طابع المنطق البحثى أكثر من مراعاته لمقتضيات الحياة العملية ، لأن الفقيه لا تعرض عليه حالات واقعية يطلب منه الفصل فيها.

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٤٠.

(٣) التفسير التشريعى :

وهو ذلك النوع من التفسير الذى يقوم به المشرع حين يجد غموضاً يلف النص ، أو يقع فى تطبيقه من قصور المعنى ما يقتضى التوضيح ، وقد يجد المشرع أن المحاكم قد فسرت قانوناً (ما) على وجه يخالف الحقيقة ، أو يجافى فى ما يقصده من وراء سنه ، وعندئذ يتدخل لتفسير هذا التشريع ويبين حقيقة قصده وبيان المراد منه .

ومثال ذلك ما حدث فى المرسوم بالقانون الصادر فى ٢/٥/١٩٣٥ بتفسير المرسوم الصادر فى ٢/٨/١٩١٤ ، الخاص بتقرير السعر الإلزامى لأوراق البنكنوت ، وبطلان شرط الدفع بالذهب، حيث ذهبت بعض الأحكام إلى بطلانه ، وذهبت بعض الأحكام الأخرى إلى صحته ، وذهبت طائفة ثالثة من الأحكام إلى التمييز بين المعاملات الداخلية وإبطال هذا الشرط فيها ، والمعاملات الخارجية واعتبار هذا الشرط صحيحاً فيها ، ولذلك أصدر المشرع المرسوم رقم (٥٥) لسنة ١٩٣٥ ، ليحسم به ذلك الخلاف الذى نشب بين الأحكام القضائية فى مسألة واحدة ، هى شرط الدفع بالذهب ، فأعلن أنه شرط باطل فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء ، واعتبر هذا تفسيراً لمرسوم سنة ١٩١٤، الذى ورد عاماً بدون تخصيص .

ومثل هذا التفسير التشريعى ، أى الذى يفسر تشريعاً سابقاً لا يعتبر تشريعاً جديداً أتى بحكم جديد . ولذلك فإنه يطبق على كل الوقائع التى حدثت منذ صدور التشريع الأول ، فهو يعتبر كاشفاً أى مظهراً لحقيقة المراد من ذلك التشريع[١] .

والتفسير التشريعى ؛ يصدر من نفس الهيئة التى أصدرته ، ولكنه قد يعطى المشرع سلطة تفسير تشريع معين لهيئة أخرى غير الهيئة التى أصدرت

---

(١) المرجع نفسه – ص ١٤١.

التشريع ، وهذا هو ما فعله القانون رقم (٢٦٤) لسنة ١٩٥٢ ، الذى أضاف إلى قانون الإصلاح الزراعى ، القانون رقم (١٧٨) لسنة ١٩٥٢ ، مادة جديدة رقم (١٤) مكرراً ، تعطى الهيئة العليا للإصلاح الزراعى سلطة تفسير أحكام هذا القانون واعتبرت قراراتها فى هذا الشأن تشريعاً ملزماً ، وتنشر هذه القرارات فى الجريدة الرسمية .

وقد أجاز قانون المحكمة العليا الصادر فى أول سبتمبر سنة ١٩٦٩ ، لوزير العدل أن يطلب إليها تفسير النصوص التى تستدعى ذلك بسبب طبيعتها ، أو أهميتها ، ضماناً لوحدة التطبيق ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزماً ، وبذلك لا تكون هناك حاجة للالتجاء إلى إصدار تشريعات تفسيرية أو إنشاء لجان لهذا الغرض .

حالات التفسير التشريعى :

ومما سبق يبدو أن التفسير قد يكون بنص جديد ، فإذا وجد هذا النص ، فإن القاضى يقوم بتطبيقه وتنتهى بذلك مشكلات التفسير عنده، لكن يتبقى بعد ذلك ، حالات التفسير الواقعة على النص الموجود، حين لا يوجد نص آخر يفسره، وهنا ينبغى التفرقة بين حالتين :

(١) حالة النص السليم .

(٢) حالة النص المعيب .

وينبغى بيان التفسير الحاصل فى كل من هاتين الحالتين وهو كما يلى :

المقصد الأول

تفسير النص السليم

إذا كان نص القانون واضحاً فإنه يفهم فى هذه الحالة بمجرد فهم ألفاظه، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضى أن يترك حكم النص بدعوى أنه غير عادل، أو لأن هناك حكماً آخر فى نظره أعدل منه وأصلح ، لأن حكم الشارع واجب الاتباع ، ووظيفة القاضى هى تطبيق التشريع، أما تعديله فهو من شأن المشرع، وكما يقولون : فإن القانون هو القانون ولو كان قاسياً[1].

طريقة تفسير العبارات :

واستخلاص المعنى من عبارات النص يكون - أولاً وقبل كل شيئ- عن طريق عبارته وألفاظه كما نطق بها ، والنصوص لا يقتصر معناها على ما يفهم مباشرة من صيغته وعبارته ، بل قد يدل على معنى آخر بطريق الإشارة أو بطريق الدلالة ، وهو ما يفهم من روح النص[2] ، وقد أرشدت إلى هذا المعنى فى تفسير النصوص : المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى حين قالت : " تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها " .

ومؤدى ذلك أنه لا يصح تفسير جميع أساليب التعبير ، أن نقف عند حد عبارتها ، بل يجب استقصاء كل وجوه الدلالة التى تستفاد من روحها[3]، سواء كان ذلك من منطوق العبارة ، أو من طريق ما تنطوى عليه من إشارة أو دلالة، إذ أن التفسير يجب أن يتوخى الكشف عن المعنى أو المعانى التى

---

(١) المرجع نفسه – ص ١٤٣.

(٢) د. سليمان مرقس – الوافى فى شرح القانون المدنى – جـ١ – ص ٣٤٠ – طبعة ١٩٨٧م.

(3) Del veccio G: lecons de philasophie du dfroit, Traduction Francaise, p.209, Paris, 1936.

ينطوى عليها النص[1] ، مع الاستهداء فى مجال النصوص القانونية بالحكمة العامة للتشريع ومبادئ العدالة[2] ، ولئن كان ذلك فى نطاق مجال تفسير النصوص التشريعية ، إلا أنه كمبدأ عام يمكن أن يعالج تفسير النصوص ومدلول العبارات فى حدود إرادة قائلها[3] ، ويمكن القول : إن تفسير العبارات فى فقه القانون يتخذ أسلوبين وفقاً لوجود عبارات المتحدث أو القائل .

أولهما : الوقوف عند إرادة المشرع الحقيقية :

فإن كانت عبارة النص واضحة فى صياغتها ، ولا خفاء فى معناها ، فإنها فى تلك الحالة تكشف فى يسر عن إرادة قائلها بمجرد تفسير العبارات تفسيراً لفظياً أو لغوياً، مما يكاد يقتصر معه دور المفسر على الفهم اللفظى للنص ، دون اجتهاد فى اختلاق معان غير تلك التى يحتملها اللفظ ، وإن كان من النادر أن تأتى عبارات المتحدثين فى جميع صورها واضحة وضوحاً لا تحتاج معه إلى تفسير، فقد يكون التعبير مبهماً ، أو ناقصاً ، وهنا يمكن اللجوء إلى عناصر خارجية لا تستمد من ألفاظه ، وإنما تستفاد من الظروف التى قيل

---

(١) فــى هــذا المعنى: حكم النقض المدنى فى ١٩٨١/٥/٣٠، فى الطعن رقم ٦٣٢ لسنة ٤٦ق وهو ما يوافق الفقــه الإسلامى، فى مبادئ تفسير النصوص بصفة عامة، راجع: د. محمد زكريا البرديسى – أصول الفقه – ص ٢١٤ – طبعة ١٩٥٩، عبد الوهاب خلاف – علم أصول الفقه – ص ١٠٢ – طبعة ١٩٤٢.

(٢) د. سليمان مرقس – السابق – ص ٣٤١.

(٣) ويعــرف ذلــك بالتفسير الموسع، حيث يطلق فى مقابل التفسير الضيق، الذى يقف عند حد المعنى الحرفى الــذى يفيده منطوق العبارة ، ويرى معظم الفقه أنه يجب أن يقتصر على هذا النوع من التفسير، فى إطار النصوص التجريمية، أو التعبيرات ذات الصيغة الآمرة. راجــــع:

Du pasquir: introduction a' la Théorie generale et a' la philosophie de droit, p.191, 1979.

وفــى هــذا المعنى: د. حسن كيرة – المدخل إلى القانون – ص ٤٠٧ – الطبعة السادسة ١٩٩٣ – منشأة المعــارف بالإسكندرية، د. عبد الحى حجازى – المدخل لدراسة العلوم القانونية – ص ٢٥٤ وما بعدها – طبعة ١٩٦٦.

فيها، أو الملابسات التى وافقت صدوره[1] ، وفى هذه الحالة تتنوع وجوه الدلالة من خلال دلالة منطوق اللفظ إلى :

(١) عبارة النص :

ويراد بها : صيغته المكونة من مفرداته وجمله ، والمراد بها فى هذا الخصوص ما يفهم من هذه الصيغة من معنى يتبادر إلى الذهن بمجرد فهم ألفاظها ، فأى لفظ يتحدث به يمكن أن يستدل بوضوح من صياغته على ما يدل عليه معناه دلالة واضحة[2] .

(٢) إشارة النص :

ويراد بإشارة النص : المعنى الذى لم يقصد المتحدث إليه من إيراد النص، ولكنه مع ذلك ملازم للنص لا ينفك عنه، فإشارة النص، هى دلالة على معنى التزامى لم يقصد من الكلام قصداً آلياً، وهذا المعنى الملازم للنص هو معنى يحتاج إدراكه إلى شيئ من التأمل والنظر ، لعدم كونه المعنى المتبادر

---

(١) د. حسن كيرة: المرجع نفسه – ٤٠٣ وما بعدها، وراجع فى هذا المعنى : حكم النقض المدنى فى ١٩٧٠/٤/٧، مجموعة أحكام النقض ١٨-٥٧١-٨٩، وفى ١٩٧٢/٣/١٥ – المجموعة ٢١-٥٧٦، وفى ١٩٨٤/١/٩ – المجموعة ٢٥-١١٤-٢١، وفى ١٩٧٧/٤/٦ – المجموعة ٢٨-١٩٣٦-١٦٠، وراجع: حكم النقض المدنى فى ١٩٧٤/١٠/٢٩ – المجموعة ٢٥-١١٦٥-١٩٤، وفى ١٩٧٦/٣/١٤ – المجموعة ٢٧-٦١٧-١٢٣، وهذه الأحكام تفيد أنه فى حالة النص الواضح يجب على القاضى والمفسر التقيد به ولا يجوز الخروج على النص الصريح الجلى أو تأويله.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – المدخل للعلوم القانونية – ص ٢١٧ – دار النهضة العربية – ١٩٦٦م، د. أحمد سلامة – المدخل لدراسة القانون – ص ٢٠٢، دار النهضة العربية – طبعة ١٩٧٤م ، د. رمضان أبو السعود – المدخل إلى القانون – ص ٢٠٨ – دار الثقافة الجامعية ١٩٨٥، د. توفيق حسن فرج – المدخل للعلوم القانونية – ص ١٦٠ – دار الثقافة الجامعية ١٩٩٢، د. عبد الرشيد مأمون – المدخل للعلوم القانونية – ص ١٦٦ – دار النهضة العربية ١٩٨٢، د. جميل الشرقاوى – دروس فى أصول القانون – ص ٢٠٤ وما بعدها – طبعة ١٩٧١، د. سليمان مرقس – السابق – ص ٣٤٢ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – المدخل للعلوم القانونية – ص ٣٠٨ – طبعة ١٩٧٠، د. عبد الحى حجازى – السابق – ص ٣٥٧ وما بعدها، د. محمود جمال الدين زكى – دروس فى مقدمة الدراسات القانونية – ص ٢٥٤ – الطبعة الثانية.

إلى الذهن بمجرد قراءة العبارة أو سماعها، ولذلك سميت دلالة النص على هذا المعنى البعيد : " إشارة النص"، على حين سميت دلالة النص على المعنى المتبادر القريب : "عبارة النص ".

وهذه الدلالة قد تكون ظاهرة يمكن فهمها بأدنى تأمل ، وقد تكون خفية يحتاج فهمها إلى دقة نظر وزيادة تأمل ، ولهذا كانت محل اختلاف كبير بين المجتهدين ، فقد يفطن بعضهم إلى ما لا يفطن له غيره ، فيأخذ من العبارة الواحدة الكثير من الأحكام(١).

هذا ؛ ويجب الاحتياط فى الاستدلال بطريق الإشارة ، وقصره على ما يكون لازماً لمعنى من معانى النص لزوماً لا فكاك له ، لأن هذا هو الذى يكون النص دالاً عليه ، إذ الدال على الملزوم دال على لازمه، وأما تحميل النص بمعانى بعيدة ، لا تلازم بينها وبين معنى فيه، بزعم أنها إشارية ، فهذا شطط فى فهم النصوص، وليس هو المراد بدلالة الإشارة(٢).

(٣) دلالة اقتضاء النص :

ويراد بدلالة الاقتضاء أو المقتضى ، دلالة الكلام على مسكوت عنه، يتوقف عليه صدق الكلام ، ويفترض هذا أن صيغة النص ليس فيها لفظ يدل عليه ، ولكن صحة هذه الصيغة واستقامة معناها تقتضى هذا اللفظ، ومن ذلك قول الله تعالى : (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم)(٣)، أى زواج ، وقوله تعالى :

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٢١٨، د. رمضان أبو السعود – السابق، د. توفيق فرج – السابق، د. جميل الشرقاوى – السابق – ص ٢٠٤ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص ٣٠٩، د. جمال الدين زكى – السابق، د. أحمد سلامة – السابق – ص ٢٠٣.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٢١٩، د. رمضان أبو السعود – السابق، د. جمال الدين زكى – السابق، د. سليمان مرقس – ص ٣٤٤.

(٣) سورة النساء – الآية ٢٣.

(حرمت عليكم الميتة)[1]، أى أكل، فلفظ الزواج فى الآية الأولى ، والأكل فى الآية الثانية ، مما تقتضيهما صحة الصيغة واستقامتها[2].

ثانيهما : اللجوء إلى الإرادة المفترضة للمشرع :

إذا لم يمكن الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية من خلال طرق التفسير السابقة ، فإنه لن يكون هناك مناص من البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع من خلال الاستنتاج المنطقى[3] ، ويمكن فى تلك الحالة اللجوء إلى دلالة المفهوم .

معنى المفهوم وأنواعه :

ويقصد بالمفهوم دلالة اللفظ على حكم شيئ لم يذكر فى الكلام ، وهى تأتى فى إطار دلالة النص، والمفهوم ينقسم إلى مفهوم الموافقة ، ومفهوم المخالفة .

(١) مفهوم الموافقة :

ومفهوم الموافقة يسمى : (دلالة النص)، أو (فحوى الخطاب)، أى مقصده ومرماه ، ويقصد به دلالة النص على ثبوت حكم المنصوص عليه، للمسكوت عنه ، بواسطة علة الحكم التى يمكن فهمها بمجرد فهم اللغة، من غير حاجة إلى الاجتهاد والرأى ، فهو الحكم الذى يفهم من روح النص وموضوعه .

فالنص قد يدل بلفظه وعبارته على حكم معين ، لعلة استوجبت هذا الحكم، ولا يتوقف فهم هذه العلة على الاجتهاد والرأى ، بل يفهمها كل من

---

(١) سورة المائدة – الآية ٣.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٢١٩ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص ٣١٠ ، د. عبد الرشيد مأمون – السابق – ص ١٦٨، د. رمضان أبو السعود – السابق – ص ٢٠٩ وما بعدها.

(٣) د. حسن كيرة – السابق – ص ٤٠٤ وما بعدها، د. أحمد سلامة – السابق – ص ٢٠٤.

يعرف الألفاظ ومعانيها ، فإذا وجدت حالة لا يتناولها هذا النص بمنطوقه ، ولكنها تشترك مع الحالة المنصوص عليها فى العلة التى استوجبت الحكم فى المنصوص عليه ، وفى هذه الحالة نثبت نفس الحكم للحالة المسكوت عنها ، وذلك سواء كان المسكوت عنه مساوياً للمنصوص عليه فى العلة، أو كانت العلة متوافرة فيه بشكل أقوى، ويسمى: مفهوم الموافقة ، أو "القياس الجلى"[1]، فى الحالة الأولى، والقياس الأولوى، أو المفهوم من "باب أولى"[2]، فى الحالة الثانية[3].

ومن أمثلة القياس المساوى : قول الله تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة)[4]، الآية، فإنها تدل بمفهومها الموافق على أن الرجل كالمرأة فى حكم القذف .

ومن أمثلة القياس الأولوى : قول الله تعالى : (إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما)[5]، الآية ، حيث حرمت مجرد أن يقول الولد لأحد أبويه : " أف "، التى تدل على التضجر من تصرف صدر منهما نحوه ، وهى تفيد تحريم السب والضرب من باب أولى[6] .

---

(1) a pari
(2) a fortiori

(٣) د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٢٢١، د. عبد الحى حجازى – السابق – ص ٣٥٨ وما بعدها، د. توفيق فرج – السابق – ص ١٦٢، د. عبد الرشيد مأمون – السابق – ص ١٦٨، د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص ٣١١ وما بعدها، د. جمال الدين زكى – السابق – ص ٢٥٧، د. حسن كيرة – السابق – ص ٤٠٥، د. سليمان مرقس – ص ٣٤٦ وما بعدها، د. أحمد سلامة – ص ٢٠٤ وما بعدها.

(٤) سورة النور – الآية ٤.

(٥) سورة الإسراء – الآية ٢٣.

(٦) د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٢٢١ وما بعدها.

(٢) مفهوم المخالفة :

ويقصد بمفهوم المخالفة : دلالة اللفظ على مخالفة حكم المسكوت عنه لحكم المنطوق ، وذلك لانتفاء قيد من القيود المعتبرة فى هذا الحكم[١]، ومن أمثلـــة هذا النوع من الدلالة ما تقضى به المادة (٤٦٦) مدنى ، من أنه : " إذا بـــاع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع ، والمفهوم المخالف لهذا النص إن بيع الشيئ غير المعين بالذات ليس قابلاً للإبطال .

كما نصت المادة (٤٣٧) مدنى ، على أنه : " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، فسخ البيع واسترد المشترى الثمـــن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسليم المبيع"، ويستفاد من هذا النص بمفهوم المخالفة : أنه إذا هلك المبيع بعد التسليم، أو هلك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع ، لا ينفسخ البيع ولا يسترد المشترى الثمن .

أحكام هذه الدلالات :

والدلالات السابقة ، سواء من دلالة المنطوق ، أو دلالة المفهوم تفيد الحكم الثابت بها ، ويكون النص حجة على هذا الحكم ، ولكنها متفاوتة فى قوة الدلالة ، فعبارة النص أقوى من الإشارة ، لأن الأولى تدل على المعنى المقصود بسياق النص ، والثانية تدل على معنى غير مقصود بالسياق .

وكذلك فإن الإشارة أقوى من المفهوم (الدلالة) ، لأن الأولى تدل على المعنى بنفس اللفظ وصيغته ، والثانية تدل على الحكم بمعقول النص ومفهومه،

---

(١) د. عبد الحى حجازى – السابق – ص ٣٥٩ وما بعدها، د. توفيق فرج – السابق – ص ١٦٣ وما بعدها، د. عبد الرشيد مأمون – السابق – ص ١٦٩، د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص ٣١٤ وما بعدهـــا، د. جمال الدين زكى – السابق – ص ٢٥٨ وما بعدها، والدكتور عبد الرازق السنهورى، والدكتور حشـــمت أبو ستيت – أصول القانون ص – ٢٤٧ – طبعة ١٩٥٠م، د. حسن كيرة – السابق – ص ١٠٦، د. سليمان مرقس – السابق – ص ٣٤٧ وما بعدها.

ويظهر هذا التفاوت فى القوة عند التعارض ، فإذا تعارض الحكم الثابت من العبارة مع الحكم الثابت بالإشارة ، ترجح الأول على الثانى[1] .

ويلاحظ أن ما قرره فقه القانون فى مجال تفسير النصوص ، لا يبعد كثيراً عما قرره علماء الأصول فى الشريعة الإسلامية ، وربما كان هو الأصل لما انتهى إليه فقه القانون .

المقصد الثاني

النص المعيب وكيفية تفسيره

الغصن الأول

النص المعيب

قد يحدث أن يكون النص القانونى معيباً بأحد العيوب، وعندئذ يجب على المفسر أن يصلح هذا العيب بطرق مختلفة، والعيوب التى قد تلحق النص هى: الخطأ المادى ، والغموض الذي قد يكون ناشئاً عن خفاء اللفظ في اللفظ أو أن يكون اللفظ مشكلاً ، أو مجملاً ، أو ناقصاً في عبارته ، أو متعارضاً مع نص آخر ، ويجدر بيان ذلك كما يلى :

(١) الخطأ المادى فى النص :

ويتحقق ذلك الخطأ فى حالة ما إذا وقع فى ألفاظ النص خطأ غير مقصود، بأن جاءت به لفظة غير مقصودة، أو سها واضعوه عن ذكر شيئ فيه لا يستقيم الحكم إلا به ، ومثال هذا الخطأ المادى ، وما كانت تنص عليه المادة (١٠٣) من القانون المدنى القديم ، فى تعريف الشرط الذى يعلق عليه الالتزام

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – السابق – ص ٢٢٤.

التعاقدى ، بأنه أمر مستقبل (أو) غير محقق الوقوع، والصحيح أن الشرط أمر مستقبل (و) محقق الوقوع، فهنا يقوم المفسر بإصلاح هذا الخطأ ، لأنه واضح غير مقصود من المشرع ، ولأنه خطأ مادى لا يتعذر تصويبه بالنظر السليم.

(٢) غموض النص :

والغموض معناه أن يكون فى النص لفظ يحتمل أكثر من معنى ، أو تحتمل عبارته فى جملتها معنيين أو أكثر، دون أن يكون أحدهما لفظياً والآخر اصطلاحياً ، حيث يتعين فى هذه الحالة المصير إلى المعنى الاصطلاحي ، لكن المقصود بالغموض هنا هو الخفاء الذى يحتاج إلى نظر وتأمل أو تفسير ومن ذلك الخفاء ، والغموض والنقص والتعارض .

(أ) خفاء اللفظ فى النص :

يراد باللفظ الخفى : أنه الذى يدل على معناه دلالة ظاهرة ، ولكن فى انطباق معناه على بعض الأفراد غموضاً وخفاء لزيادة أو نقص فيها عن المعنى المعبر عنه باللفظ الأصلى ، وهنا يثور التساؤل عن مدى تعلق الحكم القانونى بتلك الزيادة أو هذا النقصان ؟ ، إن من أمثلة ذلك الخفاء ؛ تطبيق مفهوم جريمة السرقة على سرقة التيار الكهربائى ، وسبب ذلك أن المشرع عرف السرقة بأنها اختلاس المنقول المملوك للغير ، والمقصود بالمنقول عادة هو الشيئ المادى الذى يمكن نقله من مكانه ، فأثار تطبيق السرقة بالنسبة للتيار الكهربائى بعض الصعوبات فى تطبيقه ، وما إذا كان يعتبر منقولاً أو لا يعتبر ، وقد انتهت محكمة النقض إلى أنه يعتبر منقولاً ، لتوافر خصائص المنقول فيه، لأن له قيمة مالية ، ويمكن ضبطه وحيازته ، ونقله من حيز إلى آخر ، ومتى كان كذلك يكون داخلاً تحت لفظ المنقول، الوارد فى المادة (٢١١) عقوبات ، ولا محل لإخراج اختلاسها من حكم السرقة[١] .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ١٥٠.

ومن الخفاء أيضاً ما ثار في جريمة التزوير من تساؤل حول الموظف الذي يغفل عمداً إثبات ما كان يجب إثباته في المحرر ، كالمحصل الذي يغفل قيد بعض ما يحصله من النقود بقصد اختلاسها ، فهل يعتبر هذا تزويراً ؟ .

إن مرجع الخفاء في ذلك يتمثل في أن المشرع نص على الطرق التي يقع بها التزوير ، ومنها جعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة، فالمعنى المتبادر إلى الذهن هو أن يثبت الموظف في المحرر بيانات غير صحيحة ، أي على خلاف الواقع ، وفي المثال الذي معنا لم يقم بإثبات شيئ في المحرر ، بل تعمد عدم الإثبات لواقعة معينة فيه ، فهل يدخل فعله السلبي هذا في صورة جعل واقعة مزورة في صورة صحيحة؟ ، قد يقال : إن الترك لا يعتبر تغييراً للحقيقة ، لأن التغيير يقتضي عملاً إيجابياً من جانب مرتكبه ، والذي ترك شيئاً كان يجب إثباته لا يأتي شيئاً من ذلك ، ولكن محكمة النقض أدخلته في مدلول جريمة التزوير ، لأن الترك يؤدي إلى التغيير في مجموع حقيقة المحرر ، وبالتالي يعتبر تزويراً معاقباً عليه(1) .

(ب) اللفظ المشكل :

والمراد باللفظ المشكل ؛ هو الذي لا يدل بصيغته على المراد منه، وإنما لابد من قرينة خارجية تحدد ما يراد منه ، أو هو اللفظ الموضوع لأكثر من معنى واحد ، أو استعمل في غير معناه، لمعنى مجازي اشتهر به ، وليس في صنعته دلالة على تعيين معنى لما وضع له، فلابد من قرينة خارجية تعينه .

وطريقة إزالة هذا الإشكال تتمثل في الاجتهاد من خلال القرائن والأدلة حتى يزول، ومن ذلك لفظ الليل ، الذي جعله المشرع ظرفاً مشدداً لعقوبة السرقة في المادة (٣١٣) عقوبات ، فلم يرد في التشريع تعريف الليل ، إذ قد

---

(1) نقض ١٩٥٣/٢/٤ – مجموعة عمر – جـ٣ – رقم ٣٢٨ – ص ٤١٨، ونقض ١٩٥٠/٤/١٠ – مجموعة أحكام النقض س٢ – ص ٩٣٦ – رقم ٣٤٦.

يراد به الليل بمعناه الفلكى المحدد بغروب الشمس وشروقها ، وقد يراد به الفترة التى يسود فيها الظلام فعلاً ، وهذا المعنى الأخير هو الذى أخذت به أحكام القضاء فى أول الأمر ، لأنه الفترة التى تتوافر فيها حكمة التشديد ، نظراً لما يبعثه فى نفس الناس من رهبة ، وما يهيئه الظلام للجانى من تسهيل ارتكاب الجريمة[1].

لكنها عادت وأخذت بالمعنى الفلكى لليل[2]، وتوجهها هنا توجه رشيد وذلك لبسط مزيد من الحماية على أموال الناس من الجريمة ، وتشديد العقوبة على السارقين .

(ج) اللفظ المجمل :

واللفظ المجمل هو الذى لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولا توجد قرائن لفظية ، أو قرائن حال تكشف عن حقيقته ، ولذلك فإنه يكون من الصعب بيان المراد باللفظ المجمل ، لأن الطريق إلى بيانه وإزالة إجماله وتفسير المراد منه، هو الشارع نفسه ، والشارع قد يبينه بشكل واف ، وعندئذ يكون الأمر سهلاً ، وقد يبينه بشكل غير واف ، وعندئذ ينتقل المجمل إلى بيان الشكل فيتعين فهم المراد به بالاجتهاد .

ومن أمثلة ذلك ؛ اصطلاح (الأحوال الشخصية) الذى كان وارداً فى المادة (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، حيث كان تحديد ما يدخل ضمن هذا الاصطلاح مثار خلاف بين جهات القضاء المصرى حتى قام المشرع بتفسيره .

---

(١) نقض ١٩١٠/١/٢٢، المجموعة الرسمية ١١-١٢، وفى ١٩١٥/٦/٢٦، المجموعة الرسمية ١٧-٣٥ مشار إليهما فى د. عبد المنعم البدراوى - السابق - ص ١٥١.

(٢) نقض ١٩٤٨/١/١٦ - مجموعة عمر - جـ٥ - رقم ٤٨٣ - ص ٦٤٦.

(د) النقص فى عبارة النص:

وقد يكون العيب كامناً فى ورود عبارات النص ناقصة ، بحيث لا يمكن أن يفهم حكمها ومعناها إلا بتكملة عباراتها، وعندئذ ينبغى على المفسر أن يكمل هذا النص مستهدياً فى ذلك بقصد الشارع .

ومن ذلك ما كانت تنص عليه المادة (١٥١) مدنى قديم ، من أن: " كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر" ، حيث لم يقصد المشرع بذلك مساءلة الفاعل الذى يصيب غيره بضرر مطلقاً ، وإنما يقصد أن يكون سببه فعلاً خاطئاً ، فالمراد هو الخطأ ، وليس مجرد الفعل ، ولهذا تدارك المشرع ذلك النقص فى المادة ١٦٣ من القانون المدنى الجديد ، ونص على أن : كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم فاعله بالتعويض .

وقد كانت المادة (٧٦) من القانون المدنى القديم تنص على التقادم المكسب القصير المدة الذى يتم بالحيازة خمس سنوات ، واشترطت فيه الحيازة، والسبب الصحيح فقط ، ولم تذكر شرط حسن نية الحائز ، ولكن القضاء والفقه أكملا هذا النقص ، واشترطا حسن النية لتطبيق التقادم الخمسى[١].

(هـ) تعارض النصوص :

ومن صور عيوب النص ، تعارضه مع نص آخر ، سواء وجد هذا التعارض بين نصوص تشريع واحد، أو بينها وبين نصوص تشريع آخر ، وفى هذه الحالة يُفض التعارض بمراعاة النص الأقوى والأبقى ، فإذا كان التعارض بيت تشريعين متلاحقين ، يكون التالى منهما ناسخاً للسابق ، حيث ينسخ الحديث القديم ، وإذا كان التعارض بين نصوص تشريع غير متساوية فى القوة يقدم الأقوى عملاً بمبدأ تدرج التشريع ، وإذا كان التعارض وارداً بين نصوص

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – المرجع نفسه – ص ١٥٢.

تشريع واحد ، أو نصوص تشريعات متساوية فى القوة ، وجب اتباع قواعد الاستدلال، فتقدم دلالة العبارة على الإشارة ، كما تقدم دلالة الإشارة على الدلالة (المفهوم) ، وفى جميع الأحوال يجب على المفسر أن يبذل جهده فى التوفيق بين النصوص المتعارضة مستعيناً فى ذلك بوسائل التفسير المختلفة .

الغصن الثاني

كيفية تفسير النص المعيب

إذا وجد فى النص عيب من العيوب السابقة ، فكيف يتم تفسيره وكشف النقاب عن حقيقته ؟ .

إن وسيلة ذلك تتمثل فى تبين القصد الحقيقى للمشرع من خلال وسائل معينة ، منها : تقريب النصوص ، والرجوع إلى الأعمال التحضيرية ، والاستعانة بالمصادر التاريخية ، ثم البحث عن حكمة التشريع ، ونبين ذلك فيما يلى :

(١) تقريب النصوص :

إن وسيلة تقريب النصوص من وسائل تفسير النص المعيب ، إذ من خلال تلك المقاربة بين النصوص التشريعية تتحقق المقارنة التى يمكن أن يبرز من خلالها المعنى الصحيح ، لأن النصوص التشريعية يكمل بعضها بعضاً ، فيخصص بعضها ما جاء عاماً ، ويفسر ما كان مجملاً، وبعضها يقيد مطلق بعضها ، كما أن منها ما ينسخ الآخر .

(٢) الأعمال التحضيرية :

الأعمال التحضيرية ؛ هى مجموعة الوثائق الرسمية التى تلت أو صاحبت صدور التشريع ، ومن قبيل ذلك ؛ المذكرات التفسيرية ، أو الإيضاحية التى تصاحب التشريع عند صدوره أو عند تقديمه كمشروع اقتراح إلى المجلس

التشريعى ، ومناقشات مجلس الشعب ولجانه، وأعمال اللجان الفنية التى أعدت مشروع التشريع ، فهذه الوثائق كلها تفيد المفسر فى الكشف عن قصد المشرع حين يكون النص غامضاً ، أو يقوم تناقض بينه وبين غيره من النصوص ، بل إن هذه الأعمال قد تفيدنا أحياناً فى تعريف حكم ما سكت عنه التشريع .

ويلاحظ أن تلك الأعمال التحضيرية رغم أهميتها فى تفسير النص المعيب إلا أنها لا ترتفع إلى مرتبة التشريع ولا تعد جزءاً منه أو مكملة له ، ومن ثم فإن ما يرد فيها لا يعد ملزماً للقاضى متى وجد أن النص لا يمكن أن يتمشى معه أو مع المذكرة الإيضاحية للقانون ، لأن ذلك قد يكون من قبيل الاجتهاد الشخصى من جانب واضعيها ، وهو اجتهاد قد يكون غير موفق فى بعض الأحيان ، وقد تستطرد فى بيان أحكام معينة لم تجئ بها نصوص التشريع نفسه، فيعتبر ذلك تزيداً من واضعيها ، ولهذا كله يجب مراعاة الحذر الشديد عند الاستعانة بالأعمال التحضيرية .

(٣) المصادر التاريخية :

والمصدر التاريخى هو المصدر إلى استقى منه المشرع نصوص التشريع، والرجوع إلى المصدر التاريخى يساعدنا فى كثير من الأحوال على تعرف قصد المشرع من النصوص ، فيمكن الاستعانة به فى كشف الغموض ، وتكملة النقص ، ورفع التعارض بين النصوص التشريعية ، وهذا ما يفسر لنا كثرة استعانة القضاء والفقه فى مصر فى ظل المجموعة المدنية القديمة ، بنصوص القانون الفرنسى على اعتبار أن هذا القانون كان هو المصدر التاريخى لتلك المجموعة ، ومن ثم يجب الرجوع إلى التقنينات المختلفة التى استقى واضعوا المجموعة منها بعض النصوص ، كما يجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لتنفسير النصوص المستقاة منها .

(٤) حكمة التشريع :

كما يستعين المفسر أيضاً بحكمة التشريع فى سبيل فهم المقصود بالنصوص التشريعية وتكملتها وسد ما بها من نقص أو قصور.

ويقصد بحكمة التشريع تلك الفلسفة العامة التى يراد تحقيقها من خلال سنه.، أو الدافع الباعث عليه ، ذلك أن المشرع إنما قصد من وراء التشريع تحقيق مصلحة تعود على الأفراد والمجتمع ، فحكمة التشريع – إذن – تتمثل فى تبصر تلك المصلحة التى قد تكون مصلحة اقتصادية أو اجتماعية ، أو سياسية أو خلقية ، يرمى المشرع إلى تحقيقها من وراء النص .

ومعرفة هذه المقاصد من أهم ما يستعان به على فهم النصوص وتطبيقها على وجه الوقائع ، لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعانى قد تحتمل أكثر من وجه ، والذى يرجح وجهاً من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على مقاصد الشارع من التشريع ، ولأن الأدلة الجزئية قد يتعارض بعضها من بعض فى ظاهر الأمر ، فيحتاج إلى التوفيق بينها ومعرفة ما يعمل به منها وما لا يعمل به ، كما أن بعض التفصيلات التى توجد قد لا تتناولها عبارات النصوص التشريعية ، وتدعو الحاجة فيها إلى معرفة الحكم بطريق القياس أو غيره ، وذلك لا يتأتى إلا من خلال فهم مقاصد التشريع العامة[١]، لكن ذلك ينبغى أن يكون فى حالة النص المعيب ، أما إذا كان النص سليماً، فإنه لا يجوز الخروج عليه بمقولة : إننا نهتدى بحكمة التشريع .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٥٦.

الفرع الثانى

إلغاء النص التشريعى

الإلغاء لغة : الإبطال والمحو والإسقاط، يقال : ألغى الشيئ أبطله ، وألغى من العدد كذا، أى أسقطه، وهو فى الاصطلاح : إبطال الحكم بالتشريع ورفع قوته الملزمة ، سواء أكان ذلك باستبدال نصوص أخرى بنصوصه ، أو إبطال مفعوله دون سن تشريع جديد يحل محله، ويسمى عند فقهاء الشريعة بالنسخ .

والسلطة التى تملك الإلغاء ، هى تلك التى سنته، وقد تكون سلطة أعلى منها، لأن الأعلى يملك الأدنى ولا عكس، ولأن النسخ لا يكون إلا بالأقوى أو بالمساوى .

وبناء على مبدأ تدرج التشريعات ، نجد أن التشريع الأدنى يتقيد بالتشريع الأعلى ولا يجوز أن يخالفه ، والعكس غير صحيح، وكذلك فإن التشريع يمكن أن يلغى التشريع الأدنى منه مرتبة والعكس غير صحيح، وعلى ذلك فإن التشريع الأساسى لا يلغى إلا بنظيره وهو الدستور ، والتشريع العادى لا يلغى إلا بنظيره ، أو ما هو أعلى منه وهو الدستور ، وكذلك فإن التشريع العادى يلغى بتشريع مماثل له ، أو تشريع عادى أو دستور ، ولكن لا يصح أن تصدر لائحة تلغى أو تعدل من أحكام القانون العادى أو الدستور[1].

والإلغاء قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمنياً، وقد نصت المادة الثانية من التقنين المدنى المصرى على نوعى الإلغاء المذكورين بقولها : " لا يجوز

---

(١) د. سليمان مرقس – ص ٩٣، د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٣٤، د. شمس الدين الوكيل – فقرة ١٣١ د. منصور مصطفى منصور – ص ١٧٧، د. أحمد سلامة – فقرة ١٢١، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ١٠٤ وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١٢٨، د. جمال الدين العاقل – ص ١٩٦.

إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارضُ مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " ، ونبين نوعى الإلغاء :

أولاً : الإلغاء الصريح :

يتحقق الإلغاء الصريح فى حالة ورود نص فى التشريع اللاحق يقضى صراحة بإلغاء العمل بحكم قاعدة قانونية سابقة عليه ، ومن أمثلة الإلغاء الصريح ما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، بشأن إصدار القانون المدنى الحالى بقولها : "يلغى العمل بالقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية ، والصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المختلطة ، والصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٧٥، ويستعاض عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون " ، وهنا نجد أن المشرع قد نص صراحة على إلغاء القانون السابق ، وإحلال قانون آخر محله[1].

وقد ينص التشريع الجديد على إلغاء بعض القواعد القانونية للتشريع السابق أو على إلغاء قاعدة معينة ، كما ينص على أنه يلغى كل ما يخالف هذا التشريع ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩: " عدا الكتاب السابع من الباب الأول الخاص بالمعارضة ، والمواد من ٨٦٨ إلى ١٠٣٢ من الكتاب الرابع ، الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، كما يلغى الباب الخاص بحالات النقض واجراءات الطعن ، أمام محكمة النقض ،

---

(١) د. جميل الشرقاوى – ص ٢١٦، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٧٩، د. عبد الحى حجازى – فقرة ٢٧٩، د. حسن كيرة – ص ١٨٠، د. شمس الدين الوكيل – فقرة ١٣٥، د. سليمان مرقس – ١٣٠، د. عبد الرازق فرج – ص ١٠٧.

ويستعاض عن النصوص الملغاة ، بنصوص القانون المرفق ، كما يلغى كل نص آخر يخالف أحكامه[1].

ومن قبيل الإلغاء الصريح – كذلك – انتهاء الأجل المحدد فى القانون لسريان التشريع ، وقد ينص فى التشريع على العمل به إلى حين تحقق أمر معين ، ومن أمثلة ذلك التشريعات المؤقتة بمدة معينة، أو بمناسبة محددة ، كتلك التى تصدر فى وقت الحرب ، وينص فيها على أن يعمل بها فى مدة الحرب فقط ، وكذلك القوانين الخاصة بالتسعير الجبرى الذى يسرى فى أوقات الأزمات الاقتصادية ، أو الأوامر العسكرية التى تصدر فى فترة الأحكام العرفية.

فمثل هذه التشريعات تعتبر ملغاة بانتهاء الأجل أو الظروف المحددة لها دون حاجة إلى إصدار تشريع بإلغائها .

ثانياً : الإلغاء الضمنى :

والإلغاء الضمنى ، هو الذى يفهم عقلاً من وجود حكم فى تشريع لاحق يعارض حكماً موجوداً فى تشريع سابق ، بحيث لا يمكن التوفيق بينهما إلا بإلغاء أحدهما ، وعندئذ يعتبر اللاحق ناسخاً والسابق منسوخاً، فيلغى السابق ، ويظل اللاحق .

وقد يكون الإلغاء الضمنى – أيضاً – بصدور قانون جديد ينظم الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده تشريع سابق ، وقد بينت هذا النوع من الإلغاء الضمنى ، بعد بيانها للإلغاء الصريح ؛ المادة الثانية من التقنين المدنى بقولها: "... أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " ، ومن ثم يبدو أن للإلغاء الضمنى صورتين :

---

(١) د. عبد الرازق فرج – ص ١٠٨.

الأولى : هى التعارض بين التشريعين القديم والجديد .

والثانية : صدور تشريع جديد يتولى تنظيم الموضوع الذى كان ينظم القانون القديم ، ويتعين بيان ذلك :

(١) التعارض بين التشريعين القديم والجديد :

إذا تعارض تشريعان قديم وجديد ، تكون الغلبة للتشريع الجديد ، لأن الشئ الجديد دائماً له رونق ، ويكون الإلغاء من حظ التشريع القديم ، إلا إذا تم التوفيق بينهما فلا يقع الإلغاء .

والتعارض الذى يقع بين التشريعين قد يكون تاماً ، أى شاملاً لجميع الأحكام وعندئذ يكون الإلغاء كاملاً ، وقد يكون التعرض جزئياً وفى بعض الأحكام ، وعندئذ لا يلغى من التشريع القديم ، إلا الأحكام المتعارضة مع التشريع الجديد فقط ، وتظل سائر أحكامه سارية .

صور التعارض بين التشريعين القديم والجديد :

والتعارض بين التشريعين القديم والجديد قد يتخذ الصور الآتية :

(أ) قد يقع الإلغاء بسبب التعارض إذا كان التشريع الجديد قد تضمن حكماً عاماً يخالف حكماً عاماً فى التشريع السابق ، أو كان يتضمن حكماً خاصاً يخالف حكماً خاصاً فيه ، وفى هاتين الحالتين ينسخ الجديد القديم ، فالعام ينسخ بالعام ، والخاص ينسخ بالخاص .

(ب) وقد يقع التعارض بين حكم عام فى القانون القديم ، وحكم خاص فى القانون الجديد ، وعندئذ يعتبر القانون الجديد ناسخاً للقديم فى خصوص هذا الحكم ، فالعام يشمل جميع الأفراد حتى يرد نص بالتخصيص فيكون العمل به ، ويخرج حكمه من حكم العام .

ومن ذلك ما كانت تقضى به المادة (٤٥) من القانون المدنى القديم بقولها : " الملكية فى الأموال منقولة كانت أو ثابتة تنتقل بمجرد حصول العقد المتضمن

التمليك ، متى كان المال ملكاً للمتصرف " ، فلما صدر قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، ونص على أن ملكية العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل لا بمجرد التصرف ، فكان ذلك بمثابة حكم خاص يتضمن إلغاءً ضمنياً لنقل الملكيةُ فى العقارات بمجرد العقد الثابت بعموم نص المادة (٤٥) من القانون المدنى القديم.

(ج) إذا كان التعارض واقعاً بين حكم خاص فى التشريع القديم ، وحكم عام فى التشريع الجديد ، فإن التشريع القديم يبقى معمولاً به فى هذه الحالة الخاصة، وذلك كاستثناء من المبدأ العام الذى أتى به التشريع الجديد، ما لم يكن التشريع الجديد قد نص صراحة على سريان حكمه فى جميع الحالات[1] .

ومثال ذلك ؛ أن المادة (٢٠٤) من القانون المدنى الصادر سنة ١٩٤٨، رغم نصها على أن الملكية والحق العينى ينتقلان بمجرد الاتفاق ، إلا أنها لا تعتبر ناسخة لقانون الشهر العقارى الصادر سنة ١٩٤٦، والذى يشترط شهر التصرف لانتقال الملكية فى العقارات ، فنص القانون المدنى أتى بحكم عام ، أما أحكام قانون الشهر العقارى ، فهى أحكام خاصة ومن ثم فإنها تبقى رغم صدور هذا القانون قبل المجموعة المدنية .

كما أن العمل بأحكام القانون المدنى فى عقد الإيجار سنة ١٩٩٦ لا يلغى الأحكام التى تتعلق بالامتداد القانونى وفقاً للشروط المقررة فى القوانين السابقة عليه .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٣٧، د. حسن كيرة – ص ١٨٣، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٧١، د. جميل الشرقاوى – ص ٢١٧، د. توفيق فرج – ص ١٧٥، د. عبد الرازق فرج – ص ١١٠، د. شمس الدين الوكيل – ص ٢٢٤، د. سليمان مرقس – ص ١٣١، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٨٧.

(٢) صدور تشريع جديد لنفس الموضوع :

وقد يكون الإلغاء الضمنى فى صورة تشريع جديد ينظم نفس الموضوع الذى ينظمه القانون القديم ، فإذا صدر قانون جديد، يتولى بالكامل تنظيم أمر من الأمور كان ينظمه قانون سابق اعتبر ذلك القانون منسوخاً جملة وتفصيلاً، ولو انتفى التعارض بين نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذى تلاه ، وغالباً ما ينص التشريع اللاحق على إلغاء السابق، وحتى إذا لم يوجد هذا النص ، فإن الإلغاء يكون قائماً بدلالة الحال[١] .

ويلاحظ أن العرف وعدم الاستعمال لا يلغيان التشريع ، لأن العرف أدنى مرتبة منه ، وهو وإن كان يكمل التشريع لكنه لا ينسخه ، وقد جرى على هذا نص المادة الأولى من القانون المدنى فى فقرتها الثانية، حيث تقول : " يطبق العرف إلا إذا لم يجد القاضى نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه " ، وهذا يعنى أن القاضى ملزم بالتشريع طالما وجده، فإذا لم يجده يلجأ للعرف ، كما أن المادة الثانية صريحة فى بيان ذلك، حيث تقرر أنه : " لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بنص تشريعى لاحق".

كما لا يجوز القول بسقوط التشريع بعدم الاستعمال مدة طويلة ، لأن عدم الاستعمال يعنى نشوء عرف سلبى مخالف للتشريع ، وما دام العرف لا يلغى التشريع فإنه لا يسقط بعدم الاستعمال[٢].

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) فى هذا المعنى: د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٣٩.

المطلب السادس

سريان القانون من حيث المكان والزمان

بعد أن تكتمل عناصر القاعدة القانونية وتستجمع مقومات وجودها ونفاذها على المخاطبين بأحكامها فإنها في تلك الحالة تكون واجبة النفاذ والسريان ، وذلك يقتضي بيان نطاق تطبيق القواعد القانونية من حيث المكان، وما إذا كان يسري على كافة الموجودين داخل الدولة ، أم أنها تتبع المخاطبين بأحكامها ممن هم خارج الدولة كذلك ، كما يقتضي ذلك التطبيق تحديد نطاقه من حيث الزمان ، وذلك ببيان الوقت الذي يبدأ فيه والوقائع التي يشملها ، وعلى هذا فإن منطق الدراسة يقتضي تقسيم هذا المبحث إلي مطلبين :

أولهما : لبيان سريان القانون من حيث المكان .

وثانيهما : لبيان سريان القانون من حيث المكان .

الفرع الأول

سريان القانون من حيث المكان

من المعلوم أن نطاق تطبيق القانون من حيث المكان يخضع لمبدأ إقليمية القانون ، وهذا المبدأ يعني أن القانون يسري على جميع الأشخاص الموجودين داخل إقليم الدولة سواء كانوا مواطنين أم أجانب ، كما يسري على كافة الوقائع القانونية التي تحدث على أرض الإقليم دون أن يتجاوز سريانه حدوده ، ولا ينطبق على ما يقع في الخارج ولو كان من المواطنين [1] ، وأساس ذلك التحديد المكاني بالحدود الجغرافية للدولة ، أن القانون يعتبر مظهراً من مظاهر سيادتها الخاصة على مواطنيها ، وهذه السيادة تقف عند حدود الإقليم حتى لا تتعدى على سيادة دولة أخرى ، بيد أن هذا المبدأ وإن كان قد ساد في الماضي

---

(١) د. شمس الدين الوكيل – فقرة ١٢٧ ، د. عبد الرازق فرج – ص ٩٧ .

لانعزال الدول عن بعضها وتعذر اتصالها فيما بينها ، وللتشدد في الأخذ بفكرة السيادة التي دعت إلى التشدد في تطبيق القانون ، إلا أنه بعد يسر انتقال الأفراد ، وتحول الكرة الأرضية إلى قرية صغيرة ، جعل بمقدور الإنسان في أي مكان من أرض اللـــه أن يقف في التو واللحظة على ما يقع في آخر أطراف الدنيا ، بل ويتخاطب مع الأفراد ويناجيهم ويتعاقد معهم بوسائل الاتصال الحديثة مما أدى إلى تشابك علاقات الدولة وتنامي المصالح ذات الروابط الأجنبية ، أضف إلى ذلك وجود التمثيل السياسي الذي يدعم ذلك التواصل ويحميه ، كل هذا أدى إلى الحد من إطلاق العمل بمبدأ السيادة ، خاصة على الأجانب الذين لم توضع لهم القوانين ، ولم تراع عند وضعها ظروفهم وعاداتهم وحاجاتهم .

مبدأ شخصية القانون وإقليميته :

في إطار ذلك التطور العالمي في الاتصال ويسر الانتقال من مكان إلى آخر، ظهر مبدأ شخصية القانون ، الذي يقوم على أساس أن القانون لا يسري إلا على أبناء الدولة دون نظر إلى المكان الذي يتواجدون فيه ، سواء كانوا في داخل البلاد أم في خارجها ، ورغم ظهور هذا المبدأ إلا أنه لم يؤدي إلى اختفاء مبدأ الإقليمية كلية ، بل بقي كل منهما جنباً إلى جنب ، تتفاوت الدول في الأخذ من كل منهما بحسب ظروفها وما تقتضيه مصلحتها ، ومن هنا نشأت فكرة تنازع القوانين ، ومست الحاجة إلى تفريد قواعد القانون الدولي الخاص ، لحل ذلك التنازع ومعرفة القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع المعروض [1] .

تطبيق القانون من حيث المكان في مصر الآمنة :

وفي مصر الآمنة المحروسة ، يعتبر مبدأ إقليمية القانون هو الأصل في قانونها ، فالقوانين تسري داخل نطاق إقليمها على المواطنين والأجانب

(1) د. عبد الرازق فرج – ص ٩٨ .

المقيمين داخل إقليم الدولة بدرجة سواء ، ولا تتجاوز حدود الإقليم ، ومع ذلك فإن مبدأ الإقليمية وإن كان يمتثل أصلاً، إلا أنه يرد عليه بعض الاستثناءات التي تتفاوت في مداها من فرع قانوني إلى آخر وذلك كما يلي بيانه :

أولاً : في نطاق القانون العام :

(١) القانون الدولي العام :

إذا كـــان الأصـــل أن القانون – وفقاً لمبدأ إقليمية القانون الذي يأخذ به المشـــرع المصري – يطبق على الموجودين داخل حدود الدولة – مواطنين أو أجانب – ، فإننا نجد أن بعض هؤلاء الأجانب – وهم رؤساء الدولة الأجنبية ، والممثليـــن الدبلوماســـيين لا يخضعون للقانون المصري ، ولا يحاكمون أمام القضاء الوطني ، حيث ينطبق عليهم قانون دولتهم .

(٢) القانون الدستوري :

كمـــا نجد أن حقوق المواطنة خاصة ما يرد منها في القانون الدستوري يقتصر تطبيقها والتمتع بها علي المواطنين دون الأجانب في كثير من الأحيان ، فمـــثلاً الحقوق والواجبات العامة المقررة للمواطنين يختلف حظ المواطنين في التمـــتع بهـــا عن حظ الأجانب ، بالقطع فإن حظ المواطنين أوفر ، كذلك بعض الحقوق السياسية مثل حق الانتخاب والترشيح لمجلس الشعب فإنهما مقصوران على المواطنين ، وأما حق تولي الوظائف فهو في الأصل مقصور عليهم ، ولا يباح للأجانب إلا بشرط معين ، وعلى سبيل الاستثناء وبشروط خاصة ، وهناك بعض الواجبات العامة لا يكلف بها سوى المواطنين مثل الخدمة العسكرية .

(٣) القانون المالي :

وفي مجال القانون المالي نجد أن الأجانب يخضعون له ، فإذا قام الأجنبي بممارسة نشاط تجاري معين يخضع للضرائب ، فإنه يلتزم بدفعها تطبيقاً لأحكام قانون الدولة التي تحتضن هذا النشاط ، وكذلك الأمر إذا تقررت بعض الرسوم

علـــى الخدمـــات المخـــتلفة مـــثل الاتصال ، أو دخول البلاد ، أو منح تأشيرة دخولها، أو رسوم مغادرتها ، فإنه يخضع لذلك في التطبيق ولا يعفى منه لأنه أجنبي ، بل تسري أحكامها عليه .

(٤) قانون العقوبات :

وفي قانون العقوبات يعتبر مبدأ إقليمية القانون هو الأصل في التطبيق ، وقد نصت على هذا المادة الأولى من قانون العقوبات المصري فقالت : " تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه " ، ومن هذا النص يبدو أن القانون الجنائي يطبق على من يوجد داخل إقليم الدولة مواطناً كان أم أجنبياً ، ولا يسري خارج هذا الإقليم ولو كان الذي ارتكب الجريمة مصرياً .

الاستثناءات الواردة على هذا الأصل :

وهذا الأصل يرد عليه بعض الاستثناءات وهي كالآتي :

(أ) إذا قام بعض الأفراد الموجودين خارج مصر سواء كانوا مصريين أم أجانب بارتكاب جريمة وقعت كلها أو بعضها على أرض مصر [١].

(ب) الجرائم التي تقع خارج مصر إذا كانت تنطوي على مساس بأمن الدولة كارتكاب جناية مخلة بالأمن العام ، أو جناية تزوير أو تقليد العملة الورقية أو المعدنية [٢] .

(٥) القانون الإداري :

وفي القانون الإداري يسري مبدأ إقليمية القانون على الوطنيين والأجانب إذا عينوا في إحدى الوظائف ، ولكن هذا لا يمنع من وضع القواعد الخاصة بتشغيل الأجانب داخل إقليم الدولة وتطبق عليهم .

---

(١) مادة ١/٢ من قانون العقوبات المصري .

(٢) المواد ٢ ، ٣ ، ٤ من قانون العقوبات المصري .

ثانياً : في نطاق القانون الخاص :

الأصل أن يطبق القانون الخاص على المواطنين عملاً بمبدأ إقليمية القانون، ومع ذلك نجد أن المشرع المصري في الباب التمهيدي من القانون المدني ، قد عالج مسائل تنازع القوانين من حيث المكان ، وحدد القانون الذي يجب تطبيقه على مسائل الأحوال الشخصية ، وعلى المسائل المتعلقة بالأموال[١] ، وذلك كما يلي :

(١) مسائل الأحوال الشخصية :

في المسائل التي تتعلق بالحالة والأهلية والزواج والطلاق والنفقة والميراث والوصية يقرر القانون أن مبدأ التطبيق التشريعي هو مبدأ شخصية القانون ، فيطبق قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص ، فالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم [٢]، وأما الشروط الموضوعية لصحة الزواج فيرجع فيها إلى قانون كل من الزوجين [٣] ، فالزوجان الإنجليزيان المقيمان في مصر يخضعان لقانون بلدهما، والزوجان المصريان المقيمان في إنجلترا يخضعان للقانون المصري ، وآثار الزواج يحكمها قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج[٤].

كما يسرى على الطلاق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق [٥] .

---

(١) المواد من ١٠ – ١٨ من القانون المدني المصري .

(٢) مادة (١١) من نفس القانون .

(٣) مادة (١٢) من نفس القانون .

(٤) مادة (١/١٣) من نفس القانون .

(٥) مادة (٢/١٣) من القانون المدني المصري .

ويسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون بلد المدين بها [1] ، ويسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجوزين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته [2] .

ويسري على شكل الوصية قانون بلد الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة لما بعد الموت[3] .

(٢) في مسائل المعاملات المالية :

يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون البلد الذي يوجد به العقار موضوع التصرف [4] ، ويسري على المنقول قانون البلد الذي يوجد فيه هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها [5] ، ويسري على العقود من حيث الشكل الذي يجب اتباعه في إبرامها قانون البلد الذي أبرمت فيه ، ويجوز – أيضاً – أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك [6] .

ويسري على العقود من حيث الموضع قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة لتي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق الطرفان ، أو استبان من الظروف أن

---

(١) مادة (١٥) من نفس القانون .

(٢) مادة (١٦) من نفس القانون .

(٣) مادة (٢/١٧) من نفس القانون .

(٤) مادة (١/١٨) من نفس القانون .

(٥) مادة (٢/١٨) من نفس القانون .

(٦) مادة (٢٠) من نفس القانون .

قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه ، سواء كان هذا القانون هو القانون الوطني أم القانون الأجنبي . (١)

ويسري على العقود التي أبرمت بشأن العقار ، قانون البلد الذي يقع فيه هذا العقار (٢) ، وأما الالتزامات غير الإرادية ، كالعمل غير المشروع ، فإنه يسري عليها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام (٣) ، إلا إذا كانت الأفعال غير المشروعة مباحة في مصر فإنها لا تخضع لهذا القانون حتى لو كانت مما يعتبر غير مشروع في البلد الذي وقعت فيه (٤) ، وفيما يتعلق بمسائل الاختصاص والإجراءات ، فإنهـــا تخضع لقانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات (٥) .

ولا يجوز أن يطبق قانون أجنبي في مصر تطبيقاً لمبدأ شخصية القانون إذا كان تطبيقه يخالف النظام العام أو الآداب في مصر(٦).

ويبدو من تلك التطبيقات القانونية أن مبدأ إقليمية لقانون هو الأصل ، بمعنى أن القانون يطبق على كل من يوجد داخل حدود الوطن ولا يطبق على غيرهم ، أما مبدأ شخصية القانون فإنه يطبق على سبيل الاستثناء خاصة في المسائل المتعلقة بالأسرة (٧) .

---

(١) مادة (١٩) من نفس القانون .

(٢) مادة (٢/١٩) من القانون المذكور .

(٣) مادة (١/٢١) من نفس القانون .

(٤) مادة (٢/٢١) من نفس القانون .

(٥) مادة (٢٢) من نفس القانون .

(٦) مادة (٢٨) من نفس القانون .

(٧) ويراجع في نطاق تطبيق المكاني للقانون وما يرد عليه من استثناءات : د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٤٤ ، د. عبـد المنعم – فرج الصدة – فقرة ٣٧٣ ، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٧٢ ، د. جميل الشرقاوي – فقرة ٥٧ وما بعدها ، د. عبد الرزاق حسن فرج – ص ٩٨ وما بعدها ، د. حسن كيرة – ص ٨٦ ، د. سليمان مرقس – ص ١٦٧ وما بعدها ، د. أحمد سلامة – فقرة ١١٦ وما بعدها ، د. توفيق فرج – ص ٣٦٦ وما بعدها .

الفرع الثاني

سريان القانون من حيث الزمان

إذا تم صدور القانون ونشره وتحدد موعد نفاذه ، ثم جاء هذا الموعد ، فإنه يجب أن يطبق على كل التصــرفــات والوقائع التي تحدث في ظله ، وهذا هو معنى التطبيق الفوري للتشريع أو الأثر المباشر له .

ولا صعوبة في ذلك ، إذا ما كانت الواقعة القانونية قد نشأت وترتبت عليها كافة آثارها في ظل قاعدة قانونية واحدة ، ففي هذه الحالة لا تثار مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان ، فلو أن شخصاً كان قد وضع يده على عقار وتملكه بالتقادم على هذا النحو ، فلا يؤثر في كسب ملكيته لهذا العقار بهذا السبب القانوني ، صدور قانون آخر بعد ذلك يعدل في مدة التقادم أو شروطه ، لأن كسب الملكية قد نشأ وترتبت عليه آثاره في ظل القانون القديم .

ولكن الأمور كلها لا تكون بتلك السهولة ، فقد يدق بعضها وتثور مشكلة تحديد تطبيق القانون من حيث الزمان إذا ما ألغيت القواعد القانونية ، وحل محلها قواعد أخرى ، وكانت هناك آثار ممتدة لبعض الوقائع القانونية ، وهنا يثور التنازع لمعرفة الحد الفاصل بين نطاق تطبيق كل منهما ، وما إذا كانت القواعد القانونية القديمة هي التي تنطبق على أثار العلاقات التي نشأت في ظلها ، أم أن القاعدة القانونية الجديدة هي التي ستحكمها إعمالاً للأثر الفوري للتشريع ، ولما هو سلم به أن التشريع الجديد هو الذي يحكم الوقائع التي نشأت بعد نفاذه ، كما إذا صدر تشريع جديد يستلزم شكلاً معيناً في انعقاد عقد من العقود ، فإن هذا الشكل يجب أن يستوفي في العقود التي تتم بعد سريانه .

الافتراضات التي يثيرها تطبيق القانون من حيث الزمان :

وتطبيق القانون من حيث الزمان يثير ثلاثة افتراضات :

أولها : أنه قد تنشأ وقائع جديدة تماماً لاحقة على صدور القانون الجديد ، وفي هذه الحالة فإن القانون الجديد هو الذي يحكمها ، وهذا هو أبسط الفروض الثلاثة .

ثانيها : أنه قد تكون هناك وقائع وأعمال سابقة على نفاذ التشريع الجديدة انتهت آثارها كاملة قبل صدوره واكتملت آثارها في ظلّه ، ولا يطبق عليها القانون الجديد .

ثالثها : الوقائع التي نشأت في ظل القانون القديم ، ولكن آثارها ما زالت ممتدة ونتائجها مستمرة عند صدور القانون الجديد ، وهنا يثور التساؤل عن تلك الوقائع التي نشأت في ظل القانون القديم وما زالت آثارها ممتدة عند العمل بالقانون الجديد وسريانه ، فهل يسري على تلك الآثار الممتدة للقانون الجديد إعمالاً للأثر الفوري للتشريع ، أم أنها تظل خاضعة للقانون القديم ، ولا تخضع للقانون الجديد ، ذلك ما يجب تفريده وبيانه :

أولاً : الوقائع اللاحقة للقانون الجديد :

هذا هو الافتراض الأول ؛ الذي يتحقق وجوده حين تكون الوقائع الجديدة قد نشأت لا حقه على صدور القانون الجديد ، وهنا نجد أن هذا القانون الجديد هو الذي يحكمها بدون أقل صعوبة أو أدنى شبهه ، فإذا استلزم القانون الجديد شكلاً معيناً (الرسمية مثلاً) لانعقاد عقد من العقود ، فإنها يجب أن تتم وفقاً لما اشترطه القانون ، وإذا استلزم القانون الجديد إجراء معيناً لانتقال الملكية ، كان هذا الإجراء لازماً لانتقالها وإذا رتب القانون أثراً معيناً على فعل ما كالمسئولية مثلاً ، انطبق هذا القانون على كل الأفعال التي تقع بعد سريانه .

ثانياً : الوقائع السابقة على صدور القانون الجديد :

وهذه الوقائع هي محل الافتراض الثاني ، الذي يقوم على أساس أن ثمة وقائع قد قامت وأنتجت آثارها كاملة قبل صدور القانون الجديد، وهذه الوقائع تخضع في نشأتها وآثارها وكافة أحكامها للقانون القديم الذي نشأت في ظله ولا يسري عليها القانون الجديد حيث لا يجوز أن يسرى القانون الجديد بأثر رجعي ليحكم مثل تلك الوقائع ، أي أن تلك الوقائع بتمام وقوعها وترتيب آثارها في ظل القانون القديم قد تحصنت من السريان بأثر رجعي للقانون الجديد عليها ، فما هو المقصود بهذا المبدأ ؟ ، ذلك ما يجب بيانه .

مبدأ عدم رجعية القانون :

يقصد بمبدأ عدم رجعية القانون ، أن القانون لا يجوز أن يسري على الماضي ، فالقانون الجديد لا يجوز أن يسرى على الوقائع والتصرفات التي اكتملت قبل نفاذه ، بل تظل هذه الوقائع والتصرفات محكومة بالقانون الذي تمت في ظله ، ولا يجوز للقانون الجديد أن يتعرض لها سواء من حيث تكوينها، أو من حيث الآثار المتعلقة بها بالتقييد أو التعديل أو الإلغاء ، فقد نشأت هذه الوقائع وترتبت عليها آثارها طبقاً لقانون قائم ، فهذا القانون وحده هو الذي يحكمها ، ولا يصح أن تتأثر بعد ذلك بتغيير التشريع ، فلا يحكمها التشريع الجديد[1]، وتلك هي القاعدة المعروفة بمبدأ عدم رجعية القانون الجديد على الماضي التي تمثل أهمية كبرى في التشريع حتى إن قوانين ودساتير كافة الدول العربية تنص عليها ، كما حرص على النص عليها الدستور المصري الدائم الصادر عام ١٩٧١م، في المادة (١٨٧) منه بقوله : " لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، ومع ذلك يجوز – في غير المواد الجنائية – النص في القانون على

---

(١) حكم محكمة النقض في ١٩٦٦/١١/٢٢م ، المجموعة س ١٧ – ص ١٥٢٥ .

خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب " . ومن هذا النص يبدو مبلغ حرص الدستور على هذا المبدأ ، فهو عندما أجاز للسلطة التشريعية الخروج عليه قيدها أولاً ، بعدم المساس به في المسائل الجنائية ، كما أنه قيد الخروج عليه في غير المسائل الجنائية بأغلبية خاصة ، وهذا يقطع بأن الرخصة التي أعطيت للمشرع يجب أن تستعمل بحكمة بالغة . وأن تقتصر على الحالات التي تقضيها حماية مصلحة اجتماعية أو وطنية عليا وبعد موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب ، وليس بالأغلبية العادية اللازمة لسن التشريع واتخاذ القرارات، وهي أغلبية الحاضرين من الأعضاء [1] .

كما أكد ذلك الدستور الدائم – أيضاً – حين نص في المادة (٦٦) منه ، على أنه : " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ، ولا عقاب على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ هذا القانون " .

مبررات قاعدة عدم رجعية التشريع :

ولا شك أن قاعدة عدم رجعية التشريع تستند إلى مبررات تتصل باحترام العدالة ، واستقرار المعاملات ، والمنطق القانوني ، والاعتبارات المتعلقة بالحريات العامة ، وذلك كما يلي :

(١) من حيث احترام العدالة :

نجد أنه ليس من العدل في شيئ القول بسريان القانون على الماضي ، وعلى الوقائع التي تمت قبل صدوره فلا يستساغ القول بتطبيق تشريع جديد يقر عقوبة على أفعال كانت مباحة قبل صدوره ، وبناء على هذا فإنه ليس

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٥٩ وما بعدها ، د. حسن كيره – ص ١٨٨ وما بعدها ، . عبد المنعم فرج الصدره – ص ١٩٢ ، د. توفيق فرج – ص ١٨١ وما بعدها ، د. أحمد سلامة – ص ٢٠٢ وما بعدها ، د. سليمان مرقس – ص ١٤٠ ، د. عبد الرازق فرج – ص ١١٤ وما بعدها ، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٧٦ وما بعدها .

بمطلوب من الأفراد سوى احترام القوانين الموجودة حالياً وليس القوانين التي تصدر في المستقبل ، التي لا يعلمون عنها بالضرورة شيئاً .

(٢) احترام استقرار المعاملات :

كما أن احترام استقرار المعاملات يعتبر من مبررات قاعدة عدم رجعية التشريع ، لأن القول بسريان التشريع الجديد على الماضي ، يؤدي إلى اضطراب المعاملات ، ويفقد الأفراد الثقة في القانون ، ولهذا فإن المصلحة العامة تقتضي عدم سريان التشريع على الماضي استقرار للمعاملات في المجتمع ، وعدم بقاء الأفراد مهددين بصدور تشريع جديد يقوض مصالحهم ، ويؤدي إلى انتشار الفوضى في المجتمع ، وبالتالي عدم استتاب الأمن فيه ، ولا يتصور وجود حياة تملؤها الثقة والطمأنينة على النفس والمال ، إذا ما عاش الأفراد في خوف مما يهددهم من صدور قوانين جديدة تلغى أو تغير من مضمون ما قاموا به من تصرفات قد يكون مقابلها عمرهم [١] .

(٣) من حيث المنطق القانوني :

نجد أن القاضي يجب عليه أن يرجع عند بحثه في العلاقات القانونية وما يترتب عليها من آثار إلى القانون الذي يسري عند نشوئها وترتيبها لهذه الآثار، ولا يعقل أن نطالبه بأن يطبق عليها قانوناً آخر ، أما كون النزاع لم ينشأ إلا بعد ذلك ، أي بعد صدور قانون جديد ، فإن ذلك لا يجوز أن يغير من الأمر شيئاً ومن ثم لا يجوز أن يؤثر ذلك القانون على حل النزاع .

(٤) احترام الحريات العامة :

تبدو قاعدة عدم رجعية التشريع أساساً من أسس احترام الحريات العامة، حيث لا يستساغ صدور قانون يطبق على وقائع لم تكن تعتبر جرائم قبل صدوره ، ولهذا كان هذا المبدأ من القواعد الدستورية في المسائل الجنائية

---

(١) في هذا المعنى : د. أحمد سلامة – فقرة ٨٧ .

التي لا يجوز الخروج عليها حتى بواسطة المشرع نفسه ، وهو ما يتفق مع قول الله تعالى : " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً " .

المبدأ يخاطب القاضي والمفسر ، لا المشرع :

وفي غير المسائل الجنائية فإن المبدأ يخاطب القاضي والمفسر لا المشرع ، فإن المشرع يستطيع أن يخرج عليه بنص صريح في القانون نفسه، وبشرط موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب في غير المسائل الجنائية ، ولا يكون ذلك الخروج إلا عند الضرورة القصوى ، فيجب على المشرع ألا يستعمل تلك الرخصة فيسحب أثر القوانين على الماضي إلا إذا كان لذلك داع قوي من دواعي المصلحة العامة .

الإستثناءات الواردة على المبدأ :

ومبدأ عدم رجعية التشريع ليس على إطلاقه ، بل ترد عليه عدة إستثناءات يمكن إجمالها فيما يلي :

(١) جواز الخروج للمشرع :

مما سبق يستبين أن المشرع يجوز له الخروج على المبدأ ، لأن القاعدة تخاطب القاضي والمفسر ، ولا تخاطب المشرع ، وذلك في غير القوانين التي تقرر الجرائم والعقوبات ، وبأغلبية أعضاء المجلس التشريعي .

(٢) القوانين التفسيرية :

يرى بعض الشراح أن القوانين التفسيرية ، أي تلك التي يصدرها المشرع لتفسير ما غمض من التشريع ، إنما هي قوانين ذات أثر رجعي.
والواقع أن الأمر على خلاف ذلك ، لأن هذه القوانين لا تعتبر استثناء بالمعنى الصحيح من قاعدة عدم رجعية التشريع ، لأن القانون التفسيري لا يتضمن حكماً جديداً دائماً يقصد منه الإفصاح عن إرادة المشرع إذا اتضح أن في

التشريع غموضاً ، ولذلك فإنه يعتبر جزء من القانون الذي جاء مفسراً له ويتحدد تاريخ سريانه بتاريخ القانون الذي يفسره [1].

(٣) القانون الجنائي الأصلح للمتهم :

والواقع أن الاستثناء الحقيقي من قاعدة عدم رجعية القانون هو ذلك الاستثناء الخاص بالقانون الجنائي الأصلح للمتهم ، إذ أن مبدأ عدم رجعية التشريع وإن كان مبدأ عاماً يمتد إلى جميع فروع القانون، إلا أنه ألزم في القانون الجنائي منه في فروع القانون الخارجي ، بل إن هذه القاعدة تعتبر هنا – وكما سبق القول – من القواعد الدستورية التي لا يجوز للمشرع نفسه أن يخرج عليها .

ومن شأن تطبيق هذه القاعدة في المسائل الجنائية أنه لا يجوز العقاب على الفعل إلا طبقاً للقانون المعمول به وقت ارتكابه ، فإذا صدر قانون لاحق على ارتكاب الفعل ، لم يكن له أثر على الأفعال السابقة ، حتى ما لم بقدم منها إلى القضاء .

وهذه القاعدة تطبق في حالة ما إذا كان القانون الجديد ينشئ جريمة أو يشدد في عقوبة جرائم موجودة ، فلا يجوز أن يعاقب الفاعل أو الجاني إلا بالقانون الساري وقت وقوع الفعل ، أو وقت ارتكاب الجريمة .

ولكن المشرع رأى الخروج عليها في حالة ما إذا صدر قانون جديد يبيح الفعل ، أو قانون جديد يخفف العقوبة ، فجعل للقانون الجديد أثراً رجعياً ، ليطبق ليس فقط على الأفعال التي تقع بعد نفاذه ، بل – وأيضاً – على ما سبق من أفعال .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٦٤ .

مبررات رجعية القانون الأصلح للمتهم :

واستثناء القانون الأصلح للمتهم من مبدأ عدم رجعية التشريع له ما يبرره من الناحية الاجتماعية ، ومن ناحية العدالة ، إذ يكون من التناقض والظلم أن تطبق على المتهم عقوبة في الوقت الذي اكتشف المشرع فيها عدم جدواها ، واعترف بعدم فائدتها ، أو بزيادتها عن الحد اللازم ، وليس من حق الجماعة أن توقع العقوبة إذا ظهر أن توقيعها ليس في مصلحتها ، لأن العقوبة تقدر بالقدر اللازم لتحقيق هذه المصلحة ، ولهذا جري العمل بها في معظم التشريعات .

وقد تقرر هذا الاستثناء في المادة (٥) من قانون العقوبات حيث تقول : " ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل ، وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم، فهو الذي يتبع دون غيره .

شروط رجعية القانون الأصلح للمتهم :

ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء وهو جواز رجعية القانون الأصلح للمتهم ما يلي :

(١) أن يكون القانون الجديد في صالح المتهم :

من شروط تطبيق رجعية القانون الأصلح للمتهم ، أن يتوافر فيه شرط المصلحة في جانب المتهم ، وليس المراد بالمصلحة هنا ما يراد بها في قانون المرافعات كشرط لقبول الدعوى من رافعها ، وإنما المراد بها أن يكون القانون الجديد متمخضاً عن حكم يجعل مركز المتهم أحسن في مجال إسناد الفعل إليه ، أو تخفيف العقوبة المقررة له ، أو إعفائه من التجريم أو العقاب ، وذلك بالمقارنة بين هذا الوضع الجديد وبين القانون الذي ارتكبت في ظله .

وتقدير مبدأ مصلحة المتهم في ظل القانون الجديد - على نحو ما سبق - لا ينظر إليها باعتبار شخصي ، ولكن يجب أن ينظر إليها على أساس

موضوعي مستمد من القانون نفسه ، وعلى هذا ، فإن القانون الجديد يكون أصلح للمتهم إذا كان يبيح الفعل الذي كان يعاقب عليه القانون القديم ، أو كان يستلزم للعقاب عليه شرطاً لم ينص عليه، أو كان يقرر وجهاً للإعفاء لم يكن مقرراً من قبل ، أو كانت العقوبة المقررة فيه أخف من العقوبة المقررة في القانون السابق ، أو كان يقرر وجهاً للطعن في الحكم غير وارد فيه .

(٢) أن يصدر القانون الجديد قبل الفصل في الدعوى نهائياً :

ويجب أن يكون القانون الأصلح للمتهم قد صدر قبل الحكم في الدعوى نهائياً ، فلا يطبق القانون الجديد إلا إذا كان قد صدر وأصبح نهائياً ونافذاً قبل الفصل في الدعوى على وجه نهائي ، وذلك على نحو ما ورد في المادة (٥) عقوبات ، وهذا أمر منطقي ، لأن مركز المتهم لا يتحدد إلا بالحكم النهائي ، ويكون الحكم نهائياً باستنفاذ طرق الطعن فيه، أو فوات المواعيد المقررة للطعن ، ومع ذلك فإن القانون قد قرر إعفاء المتهم من هذا الشرط ، وهو صدور القانون بعد الحكم عليه نهائياً ، وذلك في حالة ما إذا جعل القانون الجديد الفعل غير معاقب عليه ، وعلى هذا نصت الفقرة الثانية ، من المادة الخامسة ، من قانون العقوبات بقولها : " على أنه إذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه ، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية " ، وهذا النص يعتبر استثناء من شرط صدور القانون الأصلح للمتهم قبل الحكم النهائي .

وكما يبدو من نص القانون ، فإن الاستثناء قاصر على حالة واحدة هي أن يكون القانون الجديد قد جعل الفعل الذي حكم عليه المتهم من أجله غير معاقب عليه ، أي رفع العقوبة إطلاقاً بأنه أزال عن الفعل الصفة الجنائية ، أو قرر عذراً معفياً من شأنه عدم توقيع العقاب ، ففي هذه الحالة يوقف تنفيذ الحكم وتزول كل الآثار الجنائية المترتبة عليه .

(٣) أن يكون القانون غير مؤقت :

ويجب أن يكون الجديد من القوانين العادية غير المؤقتة ، أي التي تعاقب على جرائم في فترة محددة ، ذلك أن انقضاء هذه الفترة لا يترتب عليه عدم السير في إجراءات الدعوى أو إتمام مراحل المحاكمة أو عدم تنفيذ العقوبة ، وإن كان الفعل قد أصبح مباحاً تبعاً لسقوط القانون الذي يعاقب عليه بانقضاء مدة تطبيقه .

وعلى هذا نصت الفقرة الأخيرة من المادة (٥) عقوبات مصري، بقولها : " غير أنه في حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها ، وكان ذلك عن فعل مخالف لقانون ينهي عن ارتكابه في فترة محددة ، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها .

ثالثاً : الوقائع القانونية ذات الآثار الممتدة :

هذا هو الافتراض الثالث من الافتراضات الثلاثة التي يثيرها موضوع تنازع القوانين من حيث الزمان ، وهو أهمها ، فقد نجد أنفسنا أمام وقائع نشأت في ظل القانون القديم ، ولكنها لم تستنفد بعد كل آثارها القانونية جمعاء، قبل صدور التشريع الجديد ، إما لأن كل آثارها مستقبلة ، وما لأن بعضاً من آثارها قد نشأ في ظل القانون القديم والبعض منها ما زال قابلاً للنشوء في ظل القانون الجديد ، وإما لأنها أنشأت وضعاً مستقراً ومستمراً للمستقبل في ظل التشريع الجديد.

وفي هذا الغرض وحده ، يفرض علينا التنازع الحقيقي بين القوانين نفسه على الواقعة المنظورة ، ويقوم التصارع بين التشريعيين القديم والجديد ، لبيان من منهما هو الذي سيحكم الآثار الممتدة لتلك الوقائع والأعمال ، أهو القانون الجديد الذي أصبح العمل به نافذاً وواجبا ؟ ، أم هو القانون الذي كان

معمولا به ، وقت نشوء هذه الأعمال والوقائع ؟ ، وهذا هو مكمن التنازع الحقيقي .

الأمثال توضح ما يقال :

ولنضرب لذلك أمثلة توضح مضمون المشكلة وأبعادها ، ووضعها في مجال التطبيق :

(١) لو افترضنا أن قانوناً معمولاً به يحدد مدة معينة لاكتساب الملكية بالتقادم هي خمس عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديد يرفعها إلى ثلاثين سنة ، أو يحرم اكتساب الملكية بالتقادم مطلقاً ، فهل يطبق هذا القانون الجديد فوراً على تلك الواقعة فتسري المدة الجديدة أو الحكم الجديد؟ أم يطبق القانون الذي بدأ سريان المدة في ظله ، وبمعنى آخر إذا كانت قد مضت مدة عشرة سنوات فهل يمتلك الشيء بعد خمس سنوات ؟ أم بعد عشرين سنة ، أو لا يتملكه مطلقاً وفقاً للقانون الجديد ؟ .

(٢) لو افترضنا أن قانوناً صدر بتحديد سن الرشد بثماني عشرة سنة، وقد كان ذلك هو المقرر بالفعل في قانون المجالس الحسبية القديم المعمول به قبل عام ١٩٢٥م ، ثم صدر القانون المدني ، وعمل به في ١٩٤٨/١٠/١٥م ، حيث حدّد بلوغ سن الرشد ، بإحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة .

فهل يسري هذا القانون على من بلغوا قبل نفاذه ثماني عشرة سنة بالفعل ولكنهم لم يتموا عند العمل به إحدى وعشرين سنة ، ويعودوا بالتالي قصّراً إلى حين بلوغ هذا السن ، أم يخضعوا للقانون القديم ، وتكون أهليتهم قد اكتملت به وبلغوا سن الرشد .

(٢) كان قانون الإثبات يجيز إثبات الالتزام التعاقدي بشهادة الشهود إذا كانت قيمته عشرين جنيهاً ، ثم صدر قانون يرفع هذا النصاب إلى مائة جنيه أو خمسمائة جنيه ، وفقاً للمادة (٦٠) من قانون الإثبات بعد تعديلها بالقانون

رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩م ، في ١٧/٥/١٩٩٩م فهل يسرى هذا القانون على الوقائع التي نشأت قبل نفاذه ، أم تظل تلك العقود فيما يتعلق بالإثبات خاضعة لأحكام القانون التي نشأت في ظله؟

(٤) إذا تزوج شخص غير مسلم في ظل قانون يجيز الطلاق للزوج بإرادته المنفردة ، ثم صدر قانون جديد يجعل الطلاق بيد القاضي ، ثم أراد هذا الشخص أن يطلق زوجته ، فهل يجوز له أن يطلقها وفقاً لأحكام القانون الذي تم الزواج في ظله ، والذي يجيز له الطلاق ؟ ، أو يسري عليه القانون الجديد الذي يجعل الطلاق بيد القاضي ولا يملك الزوج أن يوقعه ؟ .

فهذه الأمثلة وغيرها توضح أبعاد مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان، وهي تتلخص في معرفة ما إذا كان القانون القديم مستمراً في السريان ليحكم هذه الآثار المستقبلة ، أم أنه يقف عندئذ بصدور القانون الجديد تاركاً لهذا القانون وحده حكمها مستقبلاً .

طريقتان لحل مشكلة التنازع الزماني :

ولحل مشكلة التنازع الزماني بين التشريعين القديم والجديد توجد طريقتان ؛ الأولى التشريع ، أي أن المشرع يستطيع أن يفض ذلك النزاع بواسطة التشريع من خلال النص الكفيل بحله ، فإذا وجدت مثل هذه النصوص في التشريع وجب تطبيقها على أساس أنها تفصح بصراحة عن قصد المشرع وإرادته ، ولكن الصعوبة تنشأ حقاً إذا لم توجد مثل هذه النصوص في التشريع، فيترك المشروع للمفسر حلها بالوسائل الفنية ومن ثم يبدو أن لتلك المشكلة طريقتين في الحل ؛ تشريعية ، وفنية : وتخصص لبيان كل من هاتين الطريقتين فرعاً :

المقصد الأول

الوسيلة الفنية لفض التنازع الزماني

لا يثار النظر في استعمال الوسيلة الفنية لفض التنازع الزماني بين القوانين إلا في حالة عدم وجود نص يكشف عن قصد المشرع في فضه، وبعد ذلك علينا أن نفهم معنى عدم رجعية التشريع وفقاً لصريح عبارة نـص المادة (١٨٧) من الدستور الدائم التي تقرر أنه : " لا تسري أحكام القانون إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها " ، لأن عبارة النص لا تعني سوى غل يد التشريع الجديد عن المساس بالوقائع التي تمت في الماضي ، ولا أن يتعرض للآثار التي ترتبت عليها في الماضي – أيضاً – ، وإلا كان ذا أثر رجعي ، وهو محظور ، ولكن ذلك لا يعني أن القانون الجديد لا يستطيع المساس بالآثار المستقبلية لهذه الوقائع والتصرفات ، ويجب عدم الخلط بين رجوع التشريع إلى الماضي على هذا النحو ، وبين انطباقه على الآثار المستمرة مستقبلاً للوقائع القديمة ، واعتباره رجعياً في كلتا الحالتين ، لأن هذا خلط وخطأ ، فانطباق القانون على الآثار المستقبلية ليس رجعة به إلى الوراء ، وإنما تلك الرجعية لا تكون إلا عند العودة إلي الماضي لإلغاء مركز قانوني أو تعديله بعد ما تم واكتسب في الماضي ، والآثار المستقبلية ليست ماضياً وإنما هي منسوبة إلى المستقبل ومحسوبة عليه . فإذا طبقنا القانون الجديد عليها لا يكون ذلك إعمالاً له بأثر رجعي ، حيث لا يكون له وصف الرجعية إلا إذا مس الآثار التي تمت في الماضي .

وقد اختلف الفقه في حل ذلك التنازع ، وأدى ذلك الاختلاف إلى وجود نظريتين هما ، النظرية التقليدية المعروفة بنظرية الحقوق المكتسبة ، والتي تقوم على أساس السماح للقانون القديم بحكم الآثار المستقبلية للوقائع التي

نشأت في ظله ، والنظرية الثانية ، هي النظرية الحديثة ، التي تقوم على أساس إعمال القانون الجديد على تلك الآثار إعمالاً مباشراً وحالاً ، ولذلك عرفت بنظرية الأثر الحال أو المباشر أو الفوري ، ولكن أنصار كل من هاتين النظريتين يوردون على المبدأ الذي يضعونه فيهما طائفة من الاستثناءات ، لدرجة أن الحلول التي تؤدي إليها كل منهما ، تتماثل أو تتقارب في كثير من الفروض ، ونبين ذلك :

أولاً : النظرية التقليدية (نظرية الحقوق المكتسبة) :

وضعت هذه النظرية مبدأ معروفا يقوم على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، ويقول أنصارها : " إن القانون الجديد لا يجوز أن يمس الحقوق المكتسبة طبقاً للقانون القديم ، بل يجب أن يبقى القانون القديم ليحكم وحده هذه الحقوق ، ويضيفون إلى هذا أن القانون الجديد إذا مس الآثار المستقبلية للتصرفات والوقائع القانونية التي نشأت قبل نفاذه . لكان في ذلك مساس بحقوقهم التي اكتسبوها وفقاً للقانون ، وهذا لا يجوز لأنه إن فعل ذلك يكون ذا أثر رجعي وهو الأمر المحظور [(١)] .

والحكمة من عدم جواز مساس القانون الجديد بالحقوق المكتسبة قبل نفاذه هي ضرورة تأمين الأفراد على مراكزهم وعلى حقوقهم ، حيث لن يطمئن الناس إذا ما عاشوا مهددين بصدور قانون يقلب مراكزهم القانونية في التصرفات التي ارتضوها بإرادتهم رأساً على عقب ، ويجب أن يطمئن المتعاقدان وقت التعاقد إلى أن العقد سيكون سارياً بينهما بالشروط التي

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٦٨ وما بعدها ، د. جميـــل الشرقاوى – ص ١٨٥ وما بعدها، د. أحمد سلامة – ص ٢٠٦ وما بعدها ، د. حسن كيرة – ص ١٩١ ، د. توفيق فرج – ص ١٨٦ ومابعدها د. شمس الدين الوكيل – ص ٢٣٤ وما بعدها ، د. عبد المنعم فرج الصــدة – ص ١٩٦ ومابعدهـــا ، د. عبد الحي حجازي – فقرة ٢٨٧ ، د. عبد الرزاق فرج – ص ١١٩ ، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٧٩ وما بعدها .

ارتضاها حتى التاريخ المحدد لتصرفهما ، إذا أن لهما حقاً مكتسباً في أن يبقى مركزهما القانوني ثابتاً غير متقلب.

التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل :

وإذا كان أنصار النظرية التقليدية قد أقاموا أساسها على فكرة الحق المكتسب ومجرد الأمل إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم في معيار التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل .

فذهب بعضهم إلى أن الحق المكتسب هو الذي يدخل نهائياً في ذمة الشخص فلا يمكن سلبه أو نزعه بغير إرادته ، وذلك مثل حق الدائنية حتى لو كان معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، فإذا لم تتحقق هذه الضوابط فإننا نكون بصدد مجرد أمل ، أي ترقب اكتساب حق ، أو وجود أمنية لدى الشخص قد تتحقق وقد لا تتحقق [١] ، وهو الذي يستطيع صاحبه أن يرفع به دعوى أمام القضاء فإذا استطاع ذلك كان صاحب حق مكتسب ، وإلا فهو مجرد أمل[٢].

ويقولون بياناً لذلك بالمثال : إن الزوجين اللذين عقد زواجهما قبل صدور القانون عام ١٩٣٨م ، الذي أعطى المرأة الفرنسية حق التصرف بدون إجازة الزوج . لم يكن لأيهما حق مكتسب في أن تظل المرأة ناقصة الأهلية ، فبقاء نقص أهلية الزوجة كان مجرد أمل ومحل احتمال ، ولذلك فإن القانون الجديد يطبق بأثر فوري ومباشر على جميع الزوجات، فكل التصرفات التي يعقدنها منذ صدور هذا القانون الجديد تعتبر صحيحة بدون إجازة الزوج .

وذهب بعض منهم في تعريف الحق المكتسب ، إلى أنه ذلك الذي يقوم على سند قانوني ، أما مجرد الأمل فلا يقوم على هذا السند .

---

(١) د. أحمد سلامة – فقرة ٨٩ ، د. عبد الرازق فرج – ص ١٢٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه – جـ١ – فقرة ٢٣٦ .

الاستثناءات الواردة على النظرية التقليدية :

وقد أورد أصحاب تلك النظرية عليها استثناء من عدم مساس القانون الجديد بالحقوق المكتسبة ، وهو القانون الذي يتعلق بالنظام العام فإنه يطبق بأثر فوري ، ولا يكون للقانون القديم سلطان على تلك الواقعة، وذلك فضلاً عن حالة النص الصريح على الرجعية ، والتشريعات التفسيرية والقوانين الجنائية الأصلح للمتهم ، حيث يقولون : إنه لا يجوز لأحد أن يتمسك بحق مكتسب في مواجهة النظام العام ، كالقوانين المتعلقة بالأسرة ، وتلك التي تفرض سعراً إلزامياً للنقود فإنها يجوز أن يكون لها أثر رجعي – في رأيهم – فتطبق فوراً على الآثار المستقبلية للتصرفات والوقائع القديمة ولو مست بحقوق مكتسبة .

ويجب التنبيه – بداية – إلى أن هذا القول فيه خلط بين الأثر الرجعي ، والأثر الفوري للتشريع الجديد ، فإن حكم الآثار الممتدة للتشريع القديم ليس رجعية للتشريع الجديد ، وإنما هو إعمال له بأثر فوري .

كما يلاحظ أن الاستثناء المتعلق بالنظام العام عندهم ، منحصر في أضيق نطاق ، وليس أدل على ذلك مما ضربوه من أمثلة ، فهو لا تدل على اتساع نطاق الفكرة عندهم على أساس التفرقة بين القوانين الآمرة والقوانين المكملة، وما فتئ ينفيك بعضهم بصرح بأن المراد بفكرة النظام العام هي ذات الأهمية القصوى والخطر البالغ التي لا يتصور مع وجودها استمرار وضع مخالف ، وذلك كالقانون الذي يحدد سن الرشد ، أو الذي يلغي الرق " ، أو الذي يفرض السعر الإلزامي للنقود .

نقد النظرية التقليدية :

وقد تم توجيه النقد إلى تلك النظرية ، ومن أبرز ما أخذ عليها من عيوب: أنها تعطي للقانون القديم قدسية وسلطاناً يتجاوز الحدود التي ينبغي أن يقف عندها قانون وضعي يفترض أنه يواجه وضعاً متطوراً ، ولا يتصور أن

يصدر قانون جديد لمواجهة هذا التطور فيجابه بذلك التقديس المجافي لطبيعة الأشياء ، ولا يملك تنظيم كافة الآثار التي تسري في ظله ، لمجرد أنها ترجع إلى وقائع نشأت قبل نفاذه كما أن هذه الوقائع تعطي أهمية كبرى لتحقيق الوقائع دون الآثار [1] .

كما قيل إن التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل تفرقة تحكمية تقوم على تقسيم فاسد ، والتعريفات التي قدمت لكل منهما لم تسلم من النقد الذي يجعلها حرية بالرفض حتى قال الفقيه الفرنسي (سومبير) : إنه يتحدى أعظم الفقهاء في العالم أن يعرف الحق المكتسب ومجرد الأمل تعريفاً يسلم من النقد أو يرقى للقبول [2] : بل أن أحداً منهم لم يستطع أن يضع لهذه التفرقة ضابطاً دقيقاً ، واكتفى معظم الشراح بضرب أمثلة هي من الوضوح لدرجة لا تثير أدنى شك .

وأساس النظرية التقليدية محل نظر ، لأن الآثار الممتدة للوقائع السابقة على صدور التشريع الجديد ، هي مسائل مرتبطة بالمستقبل وتطبيقه عليها ليس إعمالاً لرجعية التشريع ، وإنما هو إعمال فوري له ، لكن تلك النظرية قد خلطت خلطاً واضحاً بين الأثر الفوري والأثر الرجعي للتشريعين ، فكأن أساسها في تلك التفرقة خاطئاً لا يصح التعويل عليه [3] .

حتى في الحالات التي اعتبروها استثناء من مبدأ الرجعية لتعلقها بالنظام العام، كالقانون الذي يلغي الرق ، أو الذي يحدد سن الرشد أو غيرهما ، فإن التدقيق الصحيح يقول إن ذلك ليس إعمالاً للقانون الجديد بأثر رجعي ، ولكنه إعمال له

---

(١) راجع في هذا المعنى : د. جميل الشرقاوي – ص ١٧٦ ، د. عبد المنعم فرج الصده – ص ١٩٦ ، ، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٩٠ ، د. عبد الرازق فرج – ص ١٢١ ، د. عبد المنعم البدراوي– ص ١٧٥ وما بعدها .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه – السابق – فقرة ٢٣٧ وما بعدها .

(٣) د. عبد المنعم البدراوي – السابق – ص ١٧٧ وما بعدها .

على الآثار الممتدة بأثر فوري ، وقد خلطوا بين الأمرين خلطاً يجعل أساس النظرية محل نظر ونقد [1].

ثانياً : النظرية الحديثة (الأثر الفوري للتشريع الجديد) :

قامت النظرية الحديثة على أساس النقد الذي وجه للنظرية التقليدية، وانتصر لها في الفقه الفرنسي الأساتذة (بلانيول – وكولان – وكابيتان) ، ومن أحسن المؤلفات التي وضعت فيها كتاب الأستاذ (روبيه) Roubier ، وعنوانه : تنازع القوانين في الزمان ، الذي نشر الجزء الأول منه ،في باريس عام ١٩٢٩، والجزء الثاني عام ١٩٣٣، وكان لهذه النظرية تأثير كبير في القضاء ، فكثير من أحكامه تشير إليها ، وإن لم يهجر بعضها النظرية التقليدية[2] .

التطبيق الفوري للتشريع الجديد :

وتقوم هذه النظرية على أساس أن التشريع الجديد لا يسري فقط على الوقائع التي تحدث بعد صدوره ، وإنما يطبق على الآثار الممتدة للوقائع التي نشأت في ظل القانون القديم ، لأن القانون يجب أن يسري بأثر فوري ومباشر.

الأسس التي تقوم عليها النظرية الحديثة :

وقد استند أنصار هذه النظرية إلى مبررات وحجج تؤيد ما ذهبوا إليه فقالوا :

(١) إن هذا المبدأ يتفق مع النصوص التشريعية ولا يجافيها ، كما أنها تؤيده، وهو ما يفهم من نص المادة (١٨٧) من الدستور المصري الصادر

---

(١) المرجع نفسه – ص ١٧٧ وما بعدها ، د. أحمد سلامة – ص ١٢١ وما بعدها ، د. جميل الشرقاوي – ص ١٨٠ وما بعدها ، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٩٦ ، د. توفيق فرج – ص ١٨٩ ، د. عبد الرزاق فرج – ص ١٢٦ وما بعدها ، د. سليمان مرقس – ص ١٥٠ وما بعدها ، د. عبد المنع فرج الصده – ٢٠٠ وما بعدها.

(٢) د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٧٨ .

عام ١٩٧١م ، حيث تقرر أنه : " لا تسري أحكام القانون إلا على ما يقع من تاريخ صدوره ، ولا شك – لدى أنصار هذه النظرية – في أن الآثار الممتدة هي أمور مستقبلة تقع بعد العمل بالقانون الجديد ، وعليه فإنه هو الذي يجب أن يحكمها فوراً وفي المستقبل .

(٢) ثم إن هذه النظرية تتفق مع الإرادة المفترضة للمشرع ، لأنه إذا عدل تشريعاً قديماً أو ألغاه ، فإن ذلك يعنى أنه غير صالح في نظره ، أو أن كفاءته في حكم الوقائع لم تعد في المستوى المطلوب، وهذا يعني أن التشريع الجديد في نظره أفضل ، ومن ثم يتعين تطبيقه فوراً ، ليس على الوقائع المستقبلة ، بل على الآثار الممتدة للوقائع السابقة عليه .

(٣) كما أن توحيد المراكز القانونية للأفراد يؤيد تطبيق القانون الجديد بأثر فوري على كافة الوقائع حتى لا يؤدي تخلف تطبيقه على بعضها إلى التنوع والاختلاف في تنظيم الروابط القانونية ، فلو صدر قانون جديد يحرم الطلاق أو يقيده ، وقلنا إنه لا يسري إلا على عقود الزواج التي تقع بعد صدوره ، لكان معنى ذلك أن هناك أزواجاً يستطيعون الطلاق دون قيد أو شرط، وأزواج لا يستطيعون ذلك ، أو لا يقدرون عليه إلا بقيود وشروط ، ومثل تلك التفرقة في المراكز القانونية من شأنها أن تؤدي إلى مساوئ اجتماعية ، لا تنسجم مع غايات القانون وأهدافه ، ولا خروج من ذلك إلا بالتطبيق الفوري للقانون الجديد .

استثناء استمرار القانون القديم لحكم الروابط العقدية :

بيد أن أنصار النظرية الحديثة ، قد أوردوا على ما ذهبوا إليه من ضرورة إعمال القانون بأثر فوري ، استثناء أجازوا فيه استمرار القانون القديم لحكم الروابط العقدية ، وذلك على أساس أن تطبيق القانون الجديد عليها بأثر فوري تطبيقاً عاماً قد يؤدي إلى مساوئ جسيمة ، وقلب ما قدره أطرافه

عند إبرامها رأساً على عقب ، لأن من يبرم عقداً وفق قانون معمول به ، إنما يقدر مدى ما له وما عليه وفقاً لما يقضي به هذا القانون ، وليس بمقدور المتعاقدين أن يتوقعوا تغيير التشريع في المستقبل ، أو على أي نحو سوف يتغير ، حتى يؤسسوا مراكزهم القانونية على ذلك التغيير المحتمل ، ولو ان هذا قد أتيح لهم، لكان ذلك قماراً وغرراً لا يمكن التسليم بوجوه مشروعيته ، وهم إنما يوازنون بين مراكزهم في العقد على ضوء القانون الساري الذي يستطيعون العلم به ، ولذلك فإن المنطق والعدل يقتضي استمرار القانون الذي نشأت تصرفاتهم في ظله لحكم آثار عقودهم الممتدة ، حتى لا يؤدي أعمال القانون الجديد إلى إخلال بالتوازن في المراكز القانونية مما يقود إلى ظلم فادح.

ولا يصح الإخلال بالثقة المشروعة التي يضعها الأفراد في قوة عقودهم ، وفيما يترتب عليها من آثار ، لأنها عنصر أساسي في كل تنظيم قانوني ، وهي توجب أن يطمئن المتعاقدون على مراكزهم القانونية الناشئة منه ليس في الحال فقط ، بل وفي المآل أيضاً ، ولو جاز أن يخل المشرع بهذه الثقة وفق مشيئته ، لكان في هذا أكبر الضرر والاضطراب ، بل والقلاقل للمعاملات القانونية (١) .

وهذا الاستثناء الخاص بالروابط العقدية يطبق على كل العقود التي لا تترتب آثارها عند انعقادها ، وإنما يستمر تنفيذها مدة من الزمان، كعقد القرض، وعقد الإيجار ، وعقد العمل ، وعقد المقاولة ، وغيرها ، فهي تخضع لقانون واحد من وقت إنشائها حتى تاريخ انقضائها ، دون أن تتأثر بأي تشريع مستقبل ، وذلك استثناء من المبدأ العام الذي يقضي بوجوب تطبيق القانون الجديد تطبيقاً فورياً .

---

(١) في هذا المعنى : د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٨٠ وما بعدها .

استثناء من استثناء استمرار القانون القديم :

والاستثناء الذي أورده أصحاب النظرية الحديثة لاستمرار القانون القديم في حكم آثار لا لروابط العقوبة التي نشأت في ظله ، لم يسلم من التقييد بل الاستثناء ، حيث بدا لهم أن إعماله على إطلاقه ، والقول باستمرار القانون القديم في اصطحاب الروابط العقدية حتى تمام تنفيذها وانقضائها استثناء من الأثر الفوري للتشريع الجديد ، قد يؤدي في بعض الأحيان إلي الخلل في توحيد المراكز القانونية التي يحرص التشريع على خضوعها لنظام قانوني موحد ، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تقييد إطلاق هذا الاستثناء ، لكن كيف ؟ ، ذلك ما اختلف الرأي فيه بين الفقهاء ، ويمكن رد أقوالهم فيه إلى اتجاهين :

أولهما : يفرق بين المركز التعاقدي والنظام القانوني :

وقد قال بتلك التفرقة طائفة من أنصار النظرية الحديثة منهم صاحبها ومبتكرها الأستاذ (روبيه) Roubier ، الذي نادى بضرورة التفرقة بين النظام التعاقدي أو المركز التعاقدي والنظام القانوني ، وتبعاً لذلك فإنه ومن معه يقولون :

(١) هناك طائفة من العقود يستقل المشرع بتنظيمها ، وتنظيم ما يترتب عليها من آثار مثل عقد الزواج ، والعقود التي ترد على الملكية ، والحقوق العينية من حيث نظام الملكية ومداه ، وعقد العمل، يقتصر دور الإرادة فيها على مجرد قبول الدخول في النظام القانوني ، ثم يتولى المشرع بعد ذلك تنظيم الآثار بطريقته ، ولذلك فإن تلك الطائفة من العقود تدخل فيما سَمّاه الأستاذ (روبيه) : بالنظام القانوني ، وما دام المشرع هو الذي يستقل بتنظيم هذه العقود ، يكون من الطبيعي أن تخضع هذه العقود في جميع الأحوال لكل تنظيم يراه المشرع في أي وقت ، ولا يقبل أن يميز فيها بين ما نشأ قبل صدور القانون الجديد بأثر فوري ، وما نشأ بعده فيطبق في الحالتين بأثر فوري .

فالقوانين المنظمة للزواج ، والحقوق العينية كالملكية وما يتفرع عنها من حقوق وعقد العمل ، والسعر الإلزامي للنقود الورقية ، وصلة الإدارة بموظفيها ، يجب على التشريع الجديد أن يتناولها بالتنظيم الفوري ، لأنها أنظمة قانونية يستقل التشريع بتنظيمها ، ويقتصر دور الإرادة على الدخول فيها ، ولهذا كان من الطبيعي أن يحتفظ المشرع دائماً بسلطانه في تنظيمها .

(٢) وأما العقود التي يستقل الأفراد بتنظيمها ، فإنها هي التي تستثني من قاعدة الأثر الفوري المباشر للتشريع ، وفيها يستمر القانون القديم ليحكم آثارها وانقضاءها لأن القانون إذا كان قد ترك لإرادة الأفراد تنظيم هذه العقود يكون قد سمح بتفاوتها واختلافها في التنظيم دون حرص على توحيدها ، ومن ثم تنتفي فيها الحكمة من تقرير الأثر المباشر للقانون ، وذلك هو الشأن في معظم العقود التي تجرى في المعاملات المالية ، فهذه العقود لا يطبق عليها القانون الجديد حتى ولو تضمن قواعد آمرة تتصل بالنظام العام ، إذ العبرة في تحديد المركز القانوني يكون صاحبه في مركز تعاقدي أو قانوني، وليس يكون القانون آمراً أو ليس آمراً [١] .

ثانيهما : يجب تقييد العقود بالنظام العام :

وهذا القيد هو ما قال به جانب آخر من الفقه ، ومضمون ما ذهبوا إليه: أنه حيث يتعلق القانون الجديد بالنظام العام فإنه يجب تطبيق القانون تطبيقاً فورياً، ليس فقط على العقود والتصرفات التالية لصدوره ، بل على الآثار

---

(١) قرر ذلك الأستاذ (روبيه) ، وقوله هذا محل نظر ، لأن فكرة النظام العام هي أساس التنظيم القانوني ، وتصور الفصل بينهما يؤدي إلى عكس ما يهدف إليه ، لأنها ستؤدي إلى اختلاف المراكز القانونية في الأمور التي يرى المشرع أنها تشكل نظاماً عاماً في المجتمع لا يسمح لإرادات الأفراد بالخروج عليه . ولهذا فإن الأمر إذا تعلق بالنظام العام فيجب أن تخضع له إرادة الأفراد . ويطبق القانون المتعلق به فوراً ومباشرة ، ولذلك فإن الفقه قد عدل عن فكرة الأستاذ روبيه إلى فكرة النظام العام ولكن بمعناها الواسع القائم على أساس التفرقة بين القواعد الآمرة ، والقواعد المكملة .

الممتدة للعقود والتصرفات التي أبرمت قبله ، لكنهم عند تقرير فكرة النظام العام ينظرون إليها في أضيق نطاق ، ويعطونها مدلولاً أضيق من المدلول العادي لها ، والذي يستمد أساسه من التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، فلا يعتبر من النظام العام عندهم سوى القوانين التي تحمي مصالح عامة فقط ، دون تلك التي تحمي مصالح خاصة ، ومن ثم فإنهم لا يسمحون بتطبيق القانون تطبيقاً مباشراً وفورياً إلا إذا كان تطبيق القانون القديم ينطوي على إهدار المصلحة عامة أو يؤدي إلى خطورة على النظام الاجتماعي العام.

خلاصة مضمون النظرية الحديثة :

ويمكن تلخيص مضمون النظرية الحديثة في أنه ليس للقانون أثر رجعي، فلا يجوز أن يرجع إلى الماضي ليحكم ما وقع قبل نفاذه ، بل إن الوقائع والآثار التي نشأت في ظل قانون قبله تظل محكومة بهذا القانون القديم .

ومن جهة أخرى فإن القانون الجديد يسرى بأثر فوري على كل ما يقع من تصرفات أو آثار تترتب عليها في المستقبل ، أو تترتب مستقبلاً على وقائع نشأت في ظل القانون القديم ، واستثناء من الأثر الفوري للقانون الجديد ، يستمر تطبيق القانون القديم بأثر ممتد بعد إلغائه ليحكم العقود التي نشأت في ظله من حيث آثارها المستقبلة وانقضائها ، إلا أن يتصل العقد بمركز قانوني ، أو بالنظام العام (بمعنى ضيق) فعندئذ تعود إلى القاعدة العامة التي تقضي بتطبيق القانون الجديد تطبيقاً فورياً مباشراً [١] .

تقييم النظرية الحديثة :

استطاعت النظرية الحديثة أن تحظى برضا الفقه ، حيث وجد فيها محتوى لمجموعة من المميزات التي تتميز بها عن غيرها ، ومن ذلك:

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٨٤ وما بعدها .

(١) أنها قد ميزت بين الرجعية والأثر المباشر للقانون الجديد ، وانتهت إلى تطبيق القانون الجديد على كل ما يقع في المستقبل ، حتى الآثار المستقبلية لوقائع قديمة ، لا يعتبر من قبيل الرجعية ، بل هو إعمال للأثر المباشر للتشريع الجديد ، ذلك في الوقت الذي خلطت فيه النظرية التقليدية بين هذين الأمرين .

(٢) كما تلافت القول بمعيار الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وهو معيار تحكمي وغامض ، ولا أساس له قانوناً .

(٣) ثم إن ما ذهبت إليه ، وهو تطبيق القانون الجديد بأثر فوري ومباشر ، يتفق مع نية المشرع ، ومع ما ينبغي أن يتوافر للروابط القانونية من توحيد في نظامها القانوني .

(٤) لم تهمل مبدأ سلطان الإرادة في الروابط العقدية فقررت استمرار القانون القديم لحكمها ، ومع ذلك فإن تلك النظرية لم توفق في المعيار الذي اقترحته لتحديد نطاق الأثر المستمر للقانون القديم ، والأثر الفوري للقانون الجديد بالنسبة للروابط الناشئة عن العقود ، فقد فرق الأستاذ (روبيه) فيها بين النظام القانوني والنظام العقدي ، وهي تفرقة غامضة ليس من السهل تفريدها في كثير من الأحيان .

وحين أراد جانب آخر من أنصارها إحلال معيار آخر هو معيار النظام العام ، أعطوا له مدلولاً ضيقاً عن مدلوله العادي ، فأخرجوا من مدلوله بعض القواعد التي يجري الفقه والقضاء على اعتبارها قواعد آمرة لا يجوز الخروج عليها لاتصالها بالنظام العام .

رأينا في النظرية الحديثة :

ونحـــن نرى أن النظرية الحديثة كوسيلة فقهية لحل تنازع القوانين من حيـــث الـــزمان هي التي تلائم التطور القانوني المنتظر ، كما أنها تنسجم مع النظام القانوني ككل ، وذلك كما يلي :

أولاً : أن القانون عمل تشريعي يصدر عن هيئة تأتلف من أفراد ، وهؤلاء الأفراد مهما أوتوا من العلم والخبرة والكياسة ، ليس لديهم من الإحاطة الكافية التي يمكن أن تلم بكل جوانب التشريع الذي يقومون بصياغته ، خاصة وأنه يتناول أموراً سوف تقع في المستقبل، وهو غيب عن البشر ، ومن ثم كان علمهم فيه قاصراً ، ولا مجال لتلافي هذا القصور إلا بملاحقة التغيرات التي لم تكن متوقعه وقت إعداد التشريع بما يلائمها منه عند وقوعها ، وتجاهل ذلك التطور أمر غير سائغ ، ومن ثم فإنه لا يستقيم معه القول ببقاء التشريع الوضعي القديم ليحكم تلك الروابط ، ومع ما استبان من عجزه ، وعدَم قدرته على النحو الذي أدى إلى استصدار تشريع جديد يعالج عجزه وقصوره، فإذا ما حكمنا على هذا التشريع الجديد بما يقيد حركته ويحد من مهمته ، يكون ذلك ضد طبيعة الأشياء فالتطور القانوني يقتضي الأخذ بالنظرية الحديثة .

ثانياً : أن النظام القانوني لا يجوز أن يتجاهل الواقع ، كما أنه لا يجوز أن يتغافل عن طوارئ الأحداث وما تجرى به الأقدار على غير علم الأفراد ، بل ومشيئتهم ، وقد هيأ ذلك النظام القانوني بناءه على أساس مواجهة تلك التغيرات الطارئة بما يقوى على مواجهتها ، ويعالج المراكز القانونية على ضوئها بما يحقق أقصى كسب ويتلافى أبلغ خسارة ، وذلك في حدود العدل الذي يتعين المصير إليه في ظل الطوارئ الجديدة التي تطيح بالمراكز القانونية التي أرتآها الأفراد وقت قيامها ، والتي لا يمكن القول معها : إن ثمة مركزاً قانونياً محصناً دائماً من تلك الطوارئ ، بل إن أقوى المراكز القانونية ، وهو

حق الملكية يمكن أن يعتريه منها ما يجعله هباء ، بل ولربما تنتقل به من منزلة الحق إلى مجال آخر ، يرهق صاحبه من أمره عسراً ويقلبه وبالاً عليه والتزاماً في عنقه وليس ميزة له ، هذا المعنى القانوني الذي يقوم على أساس استيعاب المتغيرات الجديدة وتقديم الحلول القانونية لها من خلال بعض الأفكار القانونية مثل نظرية الفسخ ، ونظرية البطلان ونظرية الظروف الطارئة ، إنما يستقيم معه ما تقضي به النظرية الحديثة ، حيث تعتبر في إطار هذا المعنى القانوني العام عملاً مقبولاً وحلاً مرضياً .

ثم إنها في النهاية تبرز ما في التشريع الإسلامي من كمال جعله ثابتاً ثبوتاً شامخاً لا يعتريه التغيير ، ولا تتطاول إليه معاول النقد مع قدرته على مواجهة التغيرات الطارئة دون حاجة إلى تعديل فيه ، أو خروج عليه، وهذا أمر عادي فيه ، لأن الذي شرعه هو الله تعالى ، وهو - سبحانه - حين شرعه لم يكن يحول دونه ، ودون إدراك الغيب الذي سيقع في ملكه حاجب ، فهو - سبحانه - الذي يعلم السر وأخفي، له غيب السماوات والأرض ، ولا شك أن تشريعاً يصدر من هذا العليم الخبير الذي يعلم خافية الأعين وما تضمره الصدور ، وتتقلب إليه الأيام ، لا يمكن إلا أن يكون محكماً ، ومحصناً من التغيير والتبديل ، وقادراً على ملاحقة التطورات التي تحدث في حياة الناس إلى يوم الدين بل إن حياة الناس بتغيرها وتطورها هي التي تفرض وجوده .

ثالثاً : كما أن تلك النظرية ينبغي أن يعتريها من التعديل الذي يتلافى ما يمكن أن يؤخذ عليها من نقد ، سيما ما يتعلق بمفهوم فكرة النظام العام التي بدت محدودة فيها ، ويجب أن يؤخذ بها في إطار مدلولها العادي الذي يقوم على أساس التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، والأولى ؛ لا يجوز أن يسمح للأفراد بالخروج عليها والقوانين الصادرة ، بشأنها يجب أن تطبق بشكل

فوري ومباشر ، الثانية ؛ هي التي تسمح للأفراد بالخروج عليها ، ويجوز أن يختلف النظر بشأنها، ويظل القانون القديم حاكماً لها .

رابعاً : وفيما يتعلق بقاعدة عدم رجعية التشريع ، فإنه من المقرر أن القانون الجديد لا يجوز أن يرجع إلى الماضي ليعيد النظر في الوقائع التي نشأت قبل العمل به ، أو في الآثار التي ترتبت بالفعل ، ولا يرد على هذه القاعدة إلا الاستثنائين المقررين بالقانون وهما :

(١) نص المشرع ، فمن المعروف أن المبدأ يخاطب المفسر والقاضي ولا يخاطب المشرع ، فيجوز له أن يخرج عليه بموافقة أغلبية أعضاء المجلس ، وفي غير المواد الجنائية .

(٢) القانون الجنائي الأصلح للمتهم ؛ والمنصوص عليه في المـادة (٥) من قانون العقوبات ، وأما القوانين التفسيرية فإنها – على الرأي الراجح في الفقه – لا تمثل استثناء من مبدأ عدم رجعية التشريع ، لأنها لا تتضمن حكماً جديداً ، وإنما تفصح عن قصد المشرع الحقيقي ولذلك فإنها تعتبر جزءاً من التشريع الذي تفسره ويرتبط تاريخها بتاريخه .

مثلان تطبيقيان على النظرية الحديثة :

ونود أن نوضح منهج النظرية الحديثة في فض التنازع الزماني بين التشريعين فنسوق مثلين أحدها يتعلق بنص آمر ، وثانيهما يتعلق بنص مكمل :

(١) النص الآمر يتعلق بالظروف الطارئة :

نظم المشرع الظروف الطارئة بنص آمر في المادة (١٤٧) مدني ، فقال : " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على .

خلاف ذلك"، وهذه المادة تشير إلى نظرية الظروف الطارئة ، ويبدو من نصها أنه آمر لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، ولهذا فإنها تنطبق على كافة العقود التي أبرمت قبل العمل بالقانون المدني الجديد والتي أبرمت بعده.

(٢) القاعدة القانونية المكملة :

والقانون الجديد لا يطبق – وفقاً للنظرية الحديثة – على القواعد المكملة ، فيستمر القانون القديم في حكمها ، وعلى هذا فإن نص المادة (٥٦٧) من القانون المدني الجديد الذي يلزم المؤجر بتعهد العين المؤجرة بالصيانة ، وأن يقوم بجميع الترميمات الضرورية ، مخالفاً لما كان القانون المدني القديم يقضي به في المادة (٣٧) التي كانت تنص على أن المؤجر لا يلتزم بعمل أي مرمة كانت ، لن يسري على العقود التي أبرمت في ظل القانون القديم ، لأن النص مكمل وليس آمراً ، ومن ثم فإنه يظل خاضعاً للقانون الذي نشأ في ظله.

المقصد الثاني

الوسيلة التشريعية لفض التنازع

اهتم المشرع المصري بوضع الحلول لبعض مسائل تنازع القوانين في الزمان ، وقد أورد بعضاً من تلك الحلول في القانون المدني ، بالباب التمهيدي، المواد من (٦ إلى ٩) ، حيث عالجت تلك المواد تنازع القوانين في مسائل الأهلية والتقادم والإثبات ، كما ورد في قانون المرافعات بعض المواد الخاصة بحل التنزاع في مجال الاختصاص والإجراءات .

أولاً : تنازع القوانين في مسائل الأهلية :

نصت المادة (٦) من القانون المدني على أنه :

(١) النصوص المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذا الخصوص .

(٢) وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة ، فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة " .

ويبدو من هذا النص ، أن القانون المنظم للأهلية يسري بأثر فوري ومباشر على جميع الأشخاص ليستوي منهم من كان قد بلغ السن ومن لم يبلغ، فمن كان قد بلغ ثماني عشرة سنة بناء على قانون ١٩٢٥ ، يعود قاصراً، وبالنسبة لتصرفاته التي قام بإبرامها وهو كامل الأهلية بالنسبة للقانون القديم ، وبعد أن عاد قاصراً بالقانون الجديد تظل صحيحة لا يؤثر فيها الإعمال المباشر والفوري للقانون الجديد ، وكذلك إذا صدرت تصرفات من شخص يعتبره القانون ناقص الأهلية بقيت هذه التصرفات باطلة أو قابلة للإبطال حتى ولو أصبح هذا الشخص رشيداً نتيجة تخفيض سن الرشد وفقاً للقانون الجديد ، فلو أن قاصراً بلغ عشرين سنة أبرم تصرفاً ، كان هذا

التصرف قابلاً للبطلان حتى لو صدر قانون جديد بتخفيض سن الرشد إلى أقل من عشرين سنة ، فمثل هذا الشخص ولو أنه أصبح رشيداً وعقد التصرف في سن يعتبرها القانون الجديد هي سن الرشد ، إلا إن تصرفه نشأ قابلاً للإبطال في ظل القانون القديم ، فيظل كذلك ، ويستطيع هذا الشخص أن يطلب إبطاله ، وهذا تطبيق لفكرة عدم رجعية القانون الجديد .

ثانياً : تنازع القوانين في موضوع التقادم :

تنص المادة (٧) مدني ، على أنه :

(١) " تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل .

(٢) على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة".

وتنص المادة (٨) على ما يأتي :

(١) " إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت من قبل ذلك .

(٢) أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي " .

والتقادم ؛ هو طريقة لاكتساب الملكية وبعض الحقوق العينية كالارتفاق والانتفاع عن طريق حيازتها مدة يحددها القانون ، بنية تملكها وبشروط حددها القانون ، وهذا هو التقادم المكسب ، كما أن التقادم قد يكون – أيضاً – وسيلة لانقضاء الحقوق الشخصية (الالتزامات) وبعض الحقوق العينية كالارتفاق

والانتفاع ، إذا مضى على استحقاقها أو عدم استعمالها مدة يحددها القانون في كل حالة ، وهذا هو التقادم المسقط .

ولما كان التقادم لا يتم إلا بعد مضي مدة من الزمان كان من الجائز أن يصدر قانون جديد يعدل في أحكامه ، وهذا التعديل قد ينصب على مدة التقادم فيعدلها طولاً أو قصراً ، أو على شروط التقادم الأخرى فيجيز اكتساب حقوق التقادم أو سقوطها به ، في حين أن القانون القديم كان لا يجيز ذلك أو العكس ، وقد تكفلت المادتان المذكورتان بحل هذا التنازع ، ويمكن استخلاص هذا الحل في الأحكام الآتية :

(١) التقادم الجديد يبدأ سريانه وفق القانون الجديد وينطبق عليه من جميع الوجوه .

(٢) التقـــادم الذي تمت مدته في ظل القانون القديم يعتبر مكتسباً في ظله ، ولا دخل للقانون الجديد به .

(٣) التقادم الذي لم تكتمل مدته عندما جري العمل بالقانون الجديد ، ووفقاً للمادة (٧) من القانون المدني ، فأن النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم تسري من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل، وبناء على هذا فإنه :

(أ) إذا منع القانون الجديد كسب الشيئ ، أو الحق بالتقادم امتنع بعد ذلك على الحائز إتمام التقادم على سبيل التمسك به ، وكذلك إذا منع القانون سقوط حق بالتقادم .

(ب) إذا أطال القانون الجديد مدة التقادم ، فإن التقدم لا يتم إلا باستكمال المدة الجديدة محسوباً فيها المدة السابقة على صدوره .

(ج) إذا قرر النص الجديد مدة أقصر للتقادم مما قرره النص القديم ، فالأصل أن المدة الجديدة تسري كاملة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو أن المدة القديمة، كانت قد بدأت قبل ذلك ، ومن ثم يبدو أن الأمر يتوقف على قدر

الباقي لاكتمال التقادم الذي بدأ في ظل القانون القديم، فإن كان هذا الباقي أطول من المدة الجديدة بأكملها ، وجب صرف النظر عن المدة التي جرت من التقادم في ظل القانون القديم ، وتبدأ مدة جديدة ابتداء من العمل بالقانون الجديد على أساس المدة القصيرة التي يقررها ، أما إذا كان هذا الباقي أقصر من المدة الجديدة فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي .

ثالثاً : فض التنازع في مجال الإثبات :

تنص المادة (٩) من القانون المدني على أنه : " تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدماً ؛ النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل ، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده " ، وهذه المادة تبين حكم تنازع القوانين المنظمة للأدلة التي تعد مقدما في الزمان ، والدليل الذي يعد مقدماً ، هو الدليل الذي يعده الطرفان وقت التصرف لإثباته في حال حدوث نزاع بينهما في المستقبل .

والمادة المذكورة تعول على القانون الذي نشأ التصرف في ظله، فتجعله حاكماً له في انعقاده وصحته وإثباته ، ولا يجوز للقانون الجديد أن يرجع إلى الوراء ليحكم هذه المسائل وإلا كان ذا أثر رجعي ، وهو أمر لا يجوز ، ويترتب على خضوع الدليل المعد مقدماً للقانون الذي أعد في ظله أو كان واجباً إعداده في ظله ما يلي :

(١) إذا أنشأ القانون الجديد وسيلة جديدة للإثبات أو ألغي وسيلة كان يستلزمها القانون القديم ، فلا يجوز أن يكون له أثر بالنسبة للتصرفات التي انعقدت في ظله لأن القانون القديم هو الذي يحكمها.

(٢) إذا عدل القانون في نصاب الشهادة ، أو الكتابة ، فلا يجوز أن يسري هذا التعديل على إثبات التصرف الذي في ظل القانون القديم، وكذلك الأمر في حالة ما إذا شدد القانون الجديد في الإثبات فإنه لا يسري على التصرف الذي

نشأ في ظل قانون قبله ، فإذا كان القانون القديم يستلزم الكتابة في إثبات الالتزام الذي تزيد قيمته عن مائة جنيه ، ثم صدر قانون جديد يستلزم الكتابة في كل تصرف يبلغ عشرين جنيهاً ، فإن المبلغ الذي يزيد عن ذلك يظل صالحاً لإثباته بدون الكتابة وفقاً للقانون القديم ، وإذا خفف القانون الجديد في أدلة الإثبات فرفع نصاب الشهادة إلى مائة جنيه أو خمسمائة جنيه كما هو معمول به الآن ، بدلاً من مائة ، فإن التصرفات التي صدرت في ظل القانون السابق ، لا تخضع له ، وتظل خاضعة للإثبات بالكتابة ، وهكذا يبدو منهج المشرع في فض هذا التنازع الزماني .

المبحث الثاني
العرف كمصدر للتشريع

يعتبر العرف هو المصدر الثانى للتشريع ، ويمكن تعريفه بأنه : اعتياد الناس على سلوك معين فى ناحية من نواحى الحياة الاجتماعية مع اعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم ، وأن من يخالفه يتعرض لجزاء يوقع عليه ، فالعرف عبارة عن عادات عامة ملزمة تقوم بتنظيم سلوك الأشخاص فى المجتمع .

وعلى هذا فإن الناس إذا درجوا على اتباع عادة (ما) في مسألة معينة ، وتكرر هذا السلوك منهم مدة طويلة من الزمان ، واضطرد اتباعهم لهذه العادة حتى تترسخ فى أذهانهم ، وتكون لديهم الاعتقاد بضرورة احترامها ، فإنه يتولد عن ذلك قاعدة قانونية مصدرها العرف.

ولقد كان العرف فى المجتمعات البدائية يحتل المرتبة الأولى كمصدر للقانون ، لأنه المصدر الذي يلائم تلك المجتمعات نظراً لعدم وجود هيئة تهيمن على شئون الجماعة وتضع لهم القواعد التى تنظم سلوكهم .

غير أنه فى الوقت الحاضر ، نجد أن العرف قد انحسر سلطانه وأصبح التشريع يحتل المرتبة الأولى بدلاً منه[1] .

ونعالج في تلك الدراسة ما يتصل بالعرف من الموضوعات ، وهى أركان العرف ، ومزاياه وعيوبه ، والفرق بينه وبين العادة الاتفاقية ، وأساس القوة الملزمة للعرف، ودور العرف فى القانون المصري ، على أن نخصص لكل موضوع مطلباً :

المطلب الأول

أركان العرف

استبان لنا أن العرف هو اعتياد الناس على اتباع سلوك معين فى ناحية من نواحى الحياة الاجتماعية بحيث يتولد عنه اعتقاد بأنه ملزم ، ولا يسوغ لأحد مخالفته .

ويبين لنا من هذا التعريف ، أن للعرف ركنين : أولهما : الركن المادي ، ويتمثل في اعتياد الناس على سلوك معين ، وثانيهما : الركن المعنوي ، ويتمثل في اعتقاد الناس بأن هذه القاعدة التى تولدت عن العرف قاعدة ينبغى احترامها وأنها ملزمة، ويجدر بيان ذلك :

أولاً : الركن المادي (اعتياد الناس على السلوك) :

يتمثل الركن المادى للعرف ، في اعتياد الناس على سلوك معين بشأن أمر من أمور حياتهم الاجتماعية بحيث تتولد لديهم عادة نتيجة اضطراد اتباعهم لهذا السلوك ، وهذه العادة تبدأ اختيارا فمن مارسوها دون أن تفرض من سلطة معينة ، كما هو الحال بالنسبة للتشريع ، أو القواعد التي استقر عليها القضاء أو الفقه .

---

(١) د. جمال الدين العاقل – ص ١١٤، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٦١، د. جمال الدين زكى – فقرة ٦٣

فقد يحدث أن يسلك بعض الأفراد طريقة معينة لتنظيم مسألة (ما) بوحي من ضمائرهم وعقولهم ، ومراعاة للظروف المحيطة بهم ثم يتكرر هذا المسلك من غيرهم ، مقلدين لمن سبقهم ، ثم يفعل غيرهم ما فعله الذين قبلهم، وهكذا تتولد العادة بينهم وتثبت وترسخ فى المجتمع ويضطرد فعلها ، وتستقر وينشأ لدى الناس الشعور بضرورة احترامها ، ويتطلب الركن المادي للعرف ما يلي :

(١) ثبات الاعتياد على سلوك معين:

فينبغي أن توجد عادة تأتلف من سلوك معين درج الناس على اتباعه استجابة لحاجة معينة ويتكرر منهم أى السلوك ويستمر فترة طويلة من الزمان مثل : عادة قيام الزوجة بتأثيث منزل الزوجية فى مصر ، والعادات التى اتبعها الناس فى المآتم والأفراح .

ويجب أن يتوفر فى العادة الاختيار والاضطراد منذ القدم ، ويقصد بالاختيار أن تنشأ العادة مما يقرره الأفراد لأنفسهم من تصرفات في ضوء الظروف المحيطة بهم ، وألا يكون هذا السلوك مفروضاً عليهم من سلطة تجبرهم عليه أو موحى به من جهة معينة[1]، وينبغي أن يضطرد اتباع الناس للسلوك على وتيرة واحدة حتى تتكون العادة ، وتستمر فترة طويلة تستغرقها وتصبح ملزمة .

(٢) أن يكون الاعتياد عاماً :

ويشترط في العادة أن تكون عامة غير متعلقة بفئة من الناس بل يتبعها أغلبيتهم ولا يشترط أن تكون متبعة فى جميع أقاليم الدولة ، بل يجوز أن تكون خاصة بإقليم معين ، ويكفى أن تكون متبعة بين طائفة معينة كأرباب مهنة معينة كالتجار أو الصناع وغيرهم ، لأن العرف قد يكون عرفاً محلياً أو طائفياً،

(١) د. جمـــال الدين العاقل – ص ١١٦، د. سليمان مرقس – ص ٢١٣، د. عبد الحى حجازى – فقرة ١٩٧، د. حسن كيرة – فقرة ٧٤.

ويكون معتبراً فى كل حالة دون أن يخل هذا بصفة العموم التى يجب توافرها فى العادة المكونة له .

(٣) أن يكون الاعتياد فى مجال السلوك الاجتماعي :

لا يكفي أن توجد العادة ، وإنما ينبغي أن تكون هذه العادة اجتماعية ، أي تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع وبخاصة محال المعاملات وعلى ذلك فإن العادة إذا كانت مقتصرة على السلوك الفردى، كالأكل بطريقة معينة ، أو التحدث بطريقة خاصة فإنها لا تكون عرفاً لعدم اتصالها بتعامل الأفراد .

(٤) عدم مخالفة العادة للنظام العام :

كما يجب أن تتوافق العادة مع النظام العام والآداب ، فإذا خالفت ذلك مثل عادة الأخذ بالثأر المتعارف عليها فى بلاد الصعيد ، فإنها لا تعد عرفاً رغم قدمها واستقرارها فى ضمير الجماعة ، لمخالفتها للنظام العام والآداب .

ثانياً : الركن المعنوي (الإلزام) :

لا يكفى أن يتوافر الركن المادى بشروطه المتقدمة لنشوء العرف وإنما يجب أن يتوافر أيضاً الركن المعنوى ، وهو ما يعبر عنه بركن الإلزام ، ويراد به اعتقاد الناس بأن ما ساروا على اتباعه وألفوه قد صار ملزماً لهم ، وأن هنالك جزاءً مادياً سوف يوقع على كل من يخالفه .

ويلاحظ أن ركن الإلزام يفرق بين العرف ، وبين عادات اجتماعية لا تعتبر عرفاً . مثل : عادة تبادل الزيارات أو عادة إقامة الزينات في الأفراح والليالي الملاح ، فمثل تلك العادات لا تعد عرفاً لكونها غير ملزمة[١] ، ولا يشعر الناس بضرورة فعلها ، وإن كان ذلك الرأي محل اختلاف في البيئات المختلفة .

---

(١) د. جمال الدين العاقل – ص ١١٧، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٢٧، د. جمال الدين زكى – ص ١١٩، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٣٥، د. شمس الدين الوكيل – ص ١٨٢.

وجدير بالذكر ، أنه ليس من اليسير تحديد الوقت الذى يتوافر فيه ركن الإلزام ، لأن الاعتقاد الذي يتكون لدى الأشخاص أن العادة أصبحت ملزمة ينشأ تدريجياً، ومن ثم قد تختلف وجهات النظر فى الفقه والقضاء حول تحديد وقت تحقق هذا الإلزام، لكنه يستقر برضا الناس عنه وتعاملهم به وتطبيق القضاء له .

المطلب الثاني
تفريد العرف عن العادة الاتفاقية

إذا كان العرف هو اعتياد الناس على نوع معين من السلوك درجوا على اتباعه زمناً مع الاعتقاد بأنه ملزم ، وأن مخالفته تستتبع توقيع جزاء مادى ، فإن العادة الاتفاقية تعرف بأنها الاعتياد على إتيان نوع معين من السلوك دون الشعور بأنه ملزم(١) .

فإذا كان من شروط وجود العرف توافر ركنين مادى ومعنوي ، فإنه في العادة الاتفاقية يكفى قيام الركن المادى المكون للعرف ، دون الركن المعنوي ، وهذا ما يميز العادة الاتفاقية عن العرف .

ومن العادات ما يعرف بالعادة الاجتماعية ، كتقديم الهدايا فى المناسبات وتبادل الزيارات والمشاركة فى السراء ، والمشاطرة في الضراء ، وما يعتاده الناس فى ملابسهم وطريقة أكلهم ، وغير ذلك من العادات غير الملزمة ، والتي لا تعتبر فى حد ذاتها قواعد قانونية .

---

(١) د. حسن كيرة –ص ١٥٣، د. أحمد سلامة – ص ١٠٩، د. توفيق فرج – ص ١٣٤، د. عبد الحى حجازى– فقرة ٢٠٥، د.عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١٠١، د. جمال الدين زكى – ص ١٢١، د. شمس الدين الوكيل – فقرة ١١١، د. جميل الشرقاوى – ص ١٤٠، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٦٤.

ومن أمثلة تلك العادات، ما جرت به العادة على أن تباع الفاكهة على أساس المائة حبة ، واختلاف العادة من جهة إلى أخرى ، ففي بعض الجهات ، تباع المائة على أنها مائة ، وفى البعض الآخر على أساس أنها مائة وعشرة أو عشرون أو ثلاثون ، وكذلك الأمر فيما جرى به العرف من قيام رواد بعض الأماكن العامة كالفنادق والمطاعم والمقاهي ، بدفع نسبة معينة من قيمة الحساب على سبيل (الوهبة) . البقشيش للقائمين بالخدمة فى هذه المحلات ، وكادت هذه العادة أن تتحول إلى عرف ملزم .

والعادة الاتفاقية لا تلزم إلا بالاتفاق الصريح عليها فيما بينهم ، أو يستبين من ظروف التعاقد إن إرادتهم قد اتجهت إلى الأخذ بها ضمناً ، وذلك كأن يعلم كل منهم بوجودها ، ولا يتفقان على استبعادها .

وقد نص المشرع المصرى على حكم العادة الاتفاقية وأحال عليها فى بعض الأحوال ، ومن ذلك ما تقضى به المادة (٤٣٢) من التقتين المدنى حين قالت : "ملحقات الشيئ المبيع التي يلزم تسليمها معه للمشترى ، تتحدد بعرف الجهة " ، والمراد به هنا هو العادة ، فهذه الإحالة التشريعية تعتبر حكماً مكملاً لإرادة الطرفين ، وبالتالي فإن الحكم يجب اتباعه إذا لم يتفق الأطراف على استبعاده ، أما بالنسبة إلى العادة الاتفاقية التى لم ترد بشأنها إحالة تشريعية ، فإنها لا تنطبق إلا إذا اتجهت إلى تطبيقها الإرادة الصحيحة أو الضمنية للأفراد[١] .

---

(١) د. حسن كيرة – ص ١٥٣، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٣٧، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٣٠، د. توفيق فرج – ص ١٣٤ وما بعدها، د. عبد الرزاق فرج – ص ٦٥ ومابعدها، د. جمال الدين العاقل – ص ١١٩ وما بعدها.

آثار التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية :

ويترتب على التفرقة القائمة بين العرف والعادة الاتفاقية ، أنه إذا توافرت في العرف الشروط المذكورة ، نشأت عنه قاعدة قانونية ملزمة ، وهو على هذا الأساس يطبق على الأشخاص سواء قصدوا تطبيق حكمه أم لا ، ما لم يكن متضمناً لقاعدة مقررة ، أما العادة فإنها ليست قانوناً ، وينبني على هذا أنها لا تلزم الأفراد إلا إذا اتفقوا على اتباع حكمها ، ويترتب على افتقاد ركن الإلزام في العادة الاتفاقية نتائج يمكن إجمالها فيما يلي :

أولاً : يعذر الجاهل بالعادة ، ولا يعذر بالعرف :

إن العرف قانون ، ولهذا فإنه لا يقبل من أحد أن يعذر بجهله له، أما العادة الاتفاقية فإنها ليست كذلك ، ولهذا يعذر الأفراد في ادعاء الجهل بها إلا إذا اتفقوا عليها صراحة أو ضمناً ، وهذا ما يؤكد ضرورة علم كل منهما بأحكامها ، فهي لا تطبق إذا جهل المتعاقدان أو أحدهما وجودها ، ففي هذه الحالة تكون إرادتهما قد انصرفت عن التقيد بأحكامها .

ثانياً : يفترض العلم بالعرف ، ولا يفترض بالعادة :

ويترتب على كون العرف قانوناً، افتراض العلم به خاصة من جهة القاضي ، ومن ثم فإن عليه أن يطبقه من تلقاء نفسه دون أن يطلب أحد منه ذلك ، بل ولو لم يتمسك به الخصوم بينما العادة الاتفاقية لا يفترض العلم بها حتى يطبقها من تلقاء نفسه ، بل يجب على كل صاحب مصلحة أن يتمسك بها ويطالب بتطبيقها .

ثالثاً : لا يلزم الإثبات في العرف ، ويلزم في العادة :

العرف قانون ، والقانون لا يحتاج إلى إثبات ، ومن ثم فالعرف لا يحتاج إلى إثبات ، ومن المفروض أن يعلم القاضي به ، أما العادة الاتفاقية فلا تعتبر قانوناً ، وإنما هي شرط في العقد ، والشرط يقتضي ممن يتمسك به أن يثبت.

وجوده ، أو أن يكشف عن الظروف التى يستفاد منها أن إرادة الخصوم قد انصرفت صراحة أو ضمناً إلى العمل بها ، والتقيد بأحكامها .

رابعاً : تطبيق العرف يخضع لرقابة القضاء ، والعادة لا تخضع :

ولما كان العرف قانوناً فإن القاضى عند تطبيقه يخضع لرقابة محكمة النقض[1]، أما بالنسبة للعادة الاتفاقية، فهي لا تخرج عن كونها واقعة من الوقائع التى يترك أمر تقديرها لقاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض، وإن كانت رقابة محكمة النقض على تطبيق العرف محل خلاف ، ولهذا فقد ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى أن رقابة محكمة النقض تشمل ما يتعلق بسلامة تطبيق القاضى للعرف على النزاع المعروض أمامه، وما يتعلق أيضاً بإثبات وجوده[2] .

المطلب الثالث

أساس الإلزام فى العرف

يعتبر العرف قاعدة قانونية تنشأ عن سلوك الأفراد أو اعتيادهم على اتباعه حتى يصبح ملزماً ، أي أنها قاعدة قانونية تنشأ على غير المنوال العادى الذى تصاغ فيه القاعدة القانونية وتتكون ، أو أنها عادة قانونية تتولد من غير مكان الولادة الطبيعى للقانون ، وذلك من شأنه أن يثير التساؤل حول الأساس الذى تستمد القاعدة العرفية منه قوتها الملزمة ، لقد اختلف الفقهاء فى هذا الشأن ، وانقسموا إلى ثلاثة أقوال : قول يرى أن القوة الملزمة للعرف ترجع إلى السلطة العامة ، ويرى آخرون : أن القوة الملزمة للعرف ترجع إلى

---

(١) د. منصور مصطفى منصور – ص ١٣٩، وقارن حكم النقض فى حكم لها بتاريخ ١٩٥٧/٤/١٨ ، حيث قالت : " إن تقدير قيام العرف من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض " – المحاماة ٣٨-٥٤٣-٢٤٢ .

(٢) د. حسن كيرة – ص ١٥٧، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٣٤ وما بعدها ، د. شمس الدين الوكيل – ص ١٨٨ ، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٦٨ .

أحكام القضاء ، وذهب قول ثالث : إلى أن أساس القوة الملزمة للعرف هو رضاء المجتمع ، وينبغى بيان ذلك :

أولاً : الإلزام من السلطة العامة :

يرى أصحاب هذا الرأي : أن أساس القوة الملزمة للعرف تكمل في الإرادة المفترضة للسلطة العامة ، لأن هذه السلطة عندما تكفل احترام العرف إنما تقره وترضى بوجوده رضاءً مفترضاً ولما كان التشريع مؤسساً على الإرادة الواضحة الصريحة لتلك السلطة العامة فإن العرف يرجع في أصله إلى الإرادة المفترضة لها[1] .

مناقشة هذا الرأي :

ويؤخذ على هذا الرأى ، أنه قد ثبت تاريخياً أن العرف أسبق في وجوده من التشريع حيث كان هو المصدر الأول للقانون فى المجتمعات القديمة ، وكانت قواعده ملزمة قبل نشوء السلطة العامة بمعناها الحديث ، فكيف يمكن القول : بأن العرف ترجع قوته الملزمة إلى رضاء هذه السلطة ، وهو موجود قبل وجودها ؟ [2].

ثانياً : إقرار القضاء له :

يرى أنصار هذا الرأى أن القوة الملزمة للعرف يرجع أصلها إلى إقرار القضاء له ، فالعرف لا يكون ملزماً إلا إذا طبقه القضاء ، كما أن تدخل القضاء أمر لابد منه لنشوء العرف ، وهو قبل تطبيق القضاء له لا يكون سوى مجرد عادة [3] .

---

(١) د. عبد الرازق فرج – ص ٦٩، د. جمال الدين العاقل – ص ١٢٥.

(٢) د. أحمد سلامة – ص ١١٦ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٥٢، د. جمال الدين العاقل – السابق، د. عبد الرازق فرج – ص ٧١، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٣٥، د. حسن كيرة – فقرة ٧٦، د. سليمان مرقس – ص ٢١٦.

(٣) د. عبد الرازق فرج – ص ٧١، د. جمال الدين العاقل – السابق.

مناقشة هذا الرأي :

وقد نوقش هذا الرأى ، بأنه لا ينسجم مع الواقع ، لأننا لو صح أن العرف لا يكون ملزماً إلا بإقرار القضاء ، فإن التساؤل يثور ، لماذا طبق القضاء العرف أول مرة إذا كان غير ملزم قبل تدخله ؟ ، إن من المؤكد أن العرف بمجرد أن يستجمع أركانه وشروطه يصبح قانوناً ملزماً وإلا لما طبقته الهيئات القضائية ، وعلى ذلك فإن القضاء لا ينشئ العرف وإن كان له دور بارز في تكوينه ، حيث يسهم فى ظهوره ويساعد على استقراره، وذلك لأن العرف كثيراً ما يكون غير محدد فإذا ما عرض الأمر على القضاء وطبقه ، فإنه بعد ذلك يكون قد حدد معالمه وقرر وجوده ، وذلك إضافة إلى أن الأحكام القضائية إذا استقرت على قاعدة معينة فى مسألة ما فإننا سرعان ما نجد أن الناس يسيرون فى تصرفاتهم وفقاً لما استقر عليه القضاء ، وينتهي بهم الأمر إلى اعتبار هذا السلوك ملزماً [١] .

ثالثاً : الإلزام أساسه رضاء الجماعة :

يرى أصحاب هذا الرأى ، أن أساس القوة الملزمة للعرف مستمد من رضاء الجماعة به ، فالعرف إنما يولد فى صورة عادات يتبعها الأفراد بمحض إرادتهم ، ومن تلقاء أنفسهم ، ويستمرون في اتباعها زمناً طويلاً حتى يشعرون بضرورة احترامها ، وأنها أصبحت ملزمة لهم ، وهذا دليل واضح على رضائهم بها رضاءً ضمنياً [٢] .

---

(١) في هذا المعنى د. جمال الدين العاقل – ص ١٢٦، د. حسن كيرة – ص ١٥٧ وما بعدها، د. عبد الرازق فرج – ص ٧١.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٢٧، د. جمال الدين العاقل – السابق.

مناقشة هذا الرأي :

ويؤخذ على هذا الرأى أن الأفراد فى المجتمعات الحديثة لا يصنعون بأنفسهم القوانين ، وإنما يتنازلون عن هذا العمل إلى هيئة خاصة هى السلطة التشريعية ، وذلك مردود على هذا بأن تنازل الأفراد عن سلطة سن القوانين إلى الهيئة المذكورة لا يعنى أن يفقد المجتمع حقه فى هذا الشأن ، لأن تخويل السلطة التشريعية سن التشريعات نيابة عن المجتمع لا يترتب عليه سلب الأصيل هذا الحق، ومن ثم فإنه يحق للمجتمع اختلاق قواعد عرفية من العادات التى يتبعها الناس فترة طويلة من الزمان .

رأينا في الموضوع :

ونحن نرى أن أساس الإلزام في العرف يكمن في ألفة الناس لما اعتادوا عليه ، لأن ذلك الاعتياد – في حد ذاته – مأمون العاقبة بالنسبة لهم ، حيث كرروا فعله مراراً ، وفي كل مرة يقفون على تفصيلاته بدءاً وانتهاء ، ومن شأن الإنسان أنه إذا ألف شيئاً أحب فعله، وارتاح لتكراره ، وليس من الطبيعي أن يترك الإنسان ما يحبه ويرتاح لتكراره ويعلم نهايته ونتيجته بأمر جديد عليه، ومجهول له ، ولم يعرف خباياه ، وقد قيل – بحق – أن الإنسان أسير عادته ، ومن ثم يكون أساس ذلك الإلزام كامن فيما يمكن أن يسمى بالميل الفطري للمألوف في الحياة فإن ذلك الميل هو الذي يدفعه لتكرار الفعل ، ومن ثم تولد الإحساس بالحرص عليه .

المطلب الرابع

مزايا العرف وعيوبه

والعرف شأنه شأن أى عمل دنيوى تتقابل فيه المصالح والمفاسد، وتوجد فيه المميزات والعيوب ، وليس معنى وجود بعض العيوب فيه أنه غير سائغ أو لايجوز العمل به ، لأن تلك العيوب إذا ما قوبلت بالمميزات الموجودة فيه فإنها تبدو ضئيلة لا ترقى لحجبه عن العمل ، ونشير إلى مميزات العرف وعيوبه .

أولاً : مميزات العرف :

وللعرف مميزات يمكن إجمالها فيما يلى :

(١) أنه يساير إرادة الجماعة :

فمن المعروف أن العرف يعبر عن ضمير الجماعة ، ويساير إرادتها ، ويتفق مع الحاجات العملية ، حيث يستند إلى ما جرى عليه الناس فى حياتهم ، وهذه الميزة تبدو واضحة عند المقابلة بالتشريع الذى يغلب فيه كثيراً أن يكون معبراً عن إرادة الهيئة الحاكمة التى يمكن أن تكون متفقة مع إرادة الجماعة أو مختلفة معها .

(٢) أنه يساير حاجات الجماعة :

والعرف يساير حاجات الجماعة ، وتلك ميزة كبرى، لأنه يتغير بتغير الحاجات فيها ، ويكون متلازماً معها ، يتطور بتطورها ، ويزول بزوالها ، ولهذا فإنه يستجيب للظروف الاجتماعية المتغيرة ، ويتطور بتطور الحياة ، أما التشريع فإنه يقتضى تدخل المجتمع أو الهيئة التشريعية لتعديله .

(٣) أنه يكمل نقص التشريع :

ومما يمتاز به ، العرف أنه يكمل نقص التشريع ، حيث لا يستطيع أن يحيط باحتياجات الجماعة ، ومهما بذل المشرع من جهد ، فإن التشريع يأتى

قاصراً عن الإحاطة بكل مطلوبات الحياة ، ومن هنا يجئ دور العرف ليكمل ما فى التشريع من قصور ، أضف إلى ذلك أن هناك بعض المسائل لا يمكن أن ينظمها تشريع واحد لتشعبها واختلافها من مكان إلى آخر ، أو من فئة إلى فئة، كما يعاون العرف فى تنظيم الحياة الاجتماعية .

ثانياً : عيوب العرف :

ورغم هذه المزايا التى لا يمكن إنكارها ، فإن له عيوباً تؤخذ عليه ، لكنها – كما قلنا – لا تؤثر على أهمية العمل به ، أو مشروعيته ، لأنها قليلة بجانب مميزاته ، وهذه المؤاخذات أو العيوب تتمثل فيما يلي :

(١) عدم انضباط العرف :

مما يؤخذ على العرف ويعد عيباً فيه ، أنه ليس من السهل تحديد قواعده والتثبت منها أو تحديد وقت ظهورها ، أو الوقت الذى تصبح فيه واجبة التطبيق ، مما قد يؤدى إلى كثير من المنازعات حوله عند العمل به ، ويكون النزاع حاصلاً حول مضمون القواعد العرفية .

(٢) لا يسعف العرف في علاج الظروف الطارئة :

ومن عيوب العرف أنه يتكون ببطء ، ويستغرق وقتاً طويلاً حتى يستقر معنى الإلزام به فى قلوب الناس واعتقادهم ، ومن ثم فإنه لا يكون قادراً على تقديم الحلول السريعة فى الظروف التى تقتضى ذلك بطروء غير متوقع ، ومن ثم لا يكون ملائماً للحاجات المتلاحقة ، ولا للظروف الحادثة .

(٣) يتنافى العرف مع الوحدة القانونية :

من المعلوم أن الوحدة القانونية مطلوبة لجمع أبناء الدولة الواحد حول مركز قانونى متساو ، ومن ثم كانت تلك الوحدة القانونية، هي الأداة العملية لتطبيق مبدأ المساواة بين الناس ، والعرف لا يلائم هذا المعنى ، لأنه يختلف

من جهة إلى أخرى مما يؤدى إلى تعدد القواعد العرفية في الدولة الواحدة ، وبالتالي لا تتحقق الوحدة القانونية فيها ومن ثم تفتقد المساواة .

دور العرف في الحياة المعاصرة :

وبالرغم من أن دور العرف قد بدأ فى الانحسار التدريجى فى المجتمعات الحديثة لما يحققه التشريع من مزايا فى إيراد القواعد القانونية مكتوبة ، على نحو يسهل التعرف عليها ، وتحديد مضمونها بما يحقق الاستقرار والنظام فى الجماعة ، إلا أنه مصدر لا غنى عنه، فهو يكمل ما فى التشريع من نقص ، ويعاونه في تنظيم الحياة الاجتماعية ، حيث لا يتصور أن يحيط التنظيم بكل شئون الحياة ، ولهذا جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى ما يلي : " فالعرف هو المصدر الشعبى الأصيل الذى يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ، ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها واستعصائها على النص، ولذلك فقد ظل هذا المصدر ، وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التى تسرى فى شأنها قواعد القانون المدني ، وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء"[1].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جـ١ – ص ١٨٨.

المطلب الخامس

دور العرف فى القانون المصرى

يمكن القول : إن للعرف دوراً فى القانون المصرى من جهة أنه يكمل التشريع الوضعي عند نقصه ، ويعاونه في حالات يشير إليها صراحة ، وقد يقضى التشريع بتقدمه عليه فى بعض القواعد المكملة ، وقد يسمح له - نادراً - بالتقدم عليه فى بعض القواعد الآمرة ، كما أن للعرف دوراً فى فروع القانون المختلفة ونبين هاتين الحالتين كما يلي :

أولاً : دور العرف فى القانون المصري :

إن هذا الدور بالاستقراء يتمثل فى إكمال التشريع ومعاونته والسبق عليه فى بعض القواعد المكملة غالباً ، أو الآمرة نادراً ، وذلك كما يلي :

(١) العرف يكمل التشريع :

وهذه هي الوظيفة العامة التى يقوم بها العرف والتى أشارت إليها المادة الأولى من القانون المدنى المصري ، فهو يكمل التشريع ، وإليه يجب أن يرجع القاضى المصرى إذا لم يجد نصاً تشريعياً ، وهو يقوم بتلك الوظيفة فى كل فروع القانون الخاص ، والقانون العام ، فيما عدا القانون الجنائي ، لأنه محكوم بقاعدة " شرعية الجرائم والعقوبات " ، التي تقضى بعدم جواز العقاب على فعل إلا إذا كان مستنداً إلى نص تشريعى يقرره ، وبالتالي فإن العرف لا يعتد به فى تقدير الجرائم والعقوبات ، وفيما عدا ذلك، يستطيع العرف أن ينشئ القواعد الآمرة ، والمكملة على السواء .

(٢) العرف المعاون للتشريع :

قد ينظم المشرع موضوعاً معيناً ولكنه يحيل إلى العرف أو إلى العادات للاستعانة بهما في إعمال بعض المعايير التى يضعها ، أو للاستهداء بهما في

تفسير قصد المتعاقدين ، أو لبيان حدود فكرة معينة، يفضل ترك تحديدها للعرف ، وبهذا يدعو التشريع العرف إلى معاونته صراحة .

ومن ذلك أن تحديد ملحقات المبيع – وفقاً لما تنص عليه المادة (٤٣٢) مدني – يخضع للعرف .

ومن ذلك نص المادة (٤٤٨) مدني التي تقضى بأنه : " لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه " ، وهكذا جعل المشرع العرف محدداً للعيب الذى يضمنه .

ومن ذلك المادة (١٠١٩) مدني ، التي تقول : " تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة فى سند إنشائها ولما جرى عليه عرف الجهة " .

(٣) العرف المقدم على القواعد المكملة :

وفى كثير من الحالات أو جب القانون الرجوع إلى العرف أو العادات ، قبل الرجوع إلى أحكام التشريع ، حيث ينص فى كثير من الأحوال على أن القواعد التى جاء بها لا تطبق إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بما يخالفها ، وعندئذ يسبق العرف تطبيق القاعدة التشريعية .

ومن أمثلة ذلك : ما نصت عليه المادة (٤٥٦) مدني بقولها : " يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عـرف يقضى بغيـر ذلك " ، ومن ذلك ، نص المادة (٤٦٢) التي تقضى بأن : " نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " ، ومن ثم فقد قضى المشرع فى تلك الحالات وما يماثلها بتقديم العرف عليه فى تلك القواعد المكملة .

(٤) العرف في مجال القواعد الآمرة :

وأخيراً فقد أجاز القانون أن يخرج العرف عليه فى بعض القواعد القانونية الآمرة ، وذلك في حالات استثنائية نادرة منها :

نص المادة (٢٣٢) مدني ، التي تقضى بأنه : " لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " ، فالنص قد جاء بقاعدة آمرة تمنع الفوائد المركبة ، كما جاء بقاعدة آمرة أخرى مفادها عدم جواز زيادة ما يتقاضاه الدائن من مجموع الفوائد على رأس المال ، ثم أجاز الخروج عليهما إذا سمح العرف التجارى بذلك، وجرى على خلافهما .

ثانياً : دور العرف فى مختلف فروع القانون:

كما أن للعرف دوراً بارزاً فى مختلف فروع القانون العام والخاص كما يلى بيانه :

(١) فى القانون المدني :

هناك دور كبير للعرف فى القانون المدني ، وذلك إضافة إلى ما سبق بيانه من حالات ، ومن ذلك ؛ القاعدة العرفية التى تضع قرينة على اعتبار أثاث المنزل ملكاً للزوجة المسلمة ، وذلك نظراً لما جرى به العرف فى مصر من قيام الزوجة بتجهيز أثاث المنزل من مال المهر، وهو ملك لها ، أو من مال والديها ، أو من مالها .

ولكن يجوز إثبات عكس تلك القرينة بأن يثبت الزوج أو من له مصلحة فى ذلك أن الأثاث ملك له لا للزوجة ، كما يجرى العرف فى مصر على احتفاظ الزوجة بلقب أسرتها ، خلافاً لما جرى عليه العرف فى أوروبا وأمريكا ، بأن تسمى الزوجة بلقب زوجها .

وقد قضت إحدى المحاكم بأن العرف قد جرى فى بعض جهات الوجه القبلي على وجوب رد الهدايا التى تقدم فى بعض المناسبات ، كالأفراح أو المآتم فى مناسبة مماثلة لتلك التى قدمت فيها ، وحكمت على هذا الأساس بأن للمهدى أن يلزم من أهداه إذا وجد فى نفس المناسبة مثل هديته[1] .

(٢) في القانون التجاري :

من المعروف أن قواعد القانون التجارى تتقاصر عن تنظيم جميع العلاقات التجارية ، وذلك لكثرة هذه العلاقات وتنوعها وتجددها وتطورها ، ولهذا كان حظ العرف فى المسائل التجارية أكبر منه فى غيرها من المسائل المدنية .

ومن هذه القواعد ؛ تحديد أجر السمسار بمقدار (٢,٥) بالمائة ، وافتراض التضامن بين المدينين ، وما يجرى به العرف من فرض فائدة على متجمد الفائدة ، واقتضاء الفوائد التأخيرية بمجرد التأخير لا من وقت المطالبة الرسمية بسعر أعلى من سعر الفائدة التأخيرية وهو (٥) بالمائة ، وإن كان ذلك يعتبر من قبيل الربا المحرم شرعاً ، ومنها قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الورقة التجارية .

(٣) في القانون الدولي الخاص :

كثير من قواعد القانون الدولى الخاص نشأت نشأة عرفية ، قبل أن تعتمد تشريعاً بنصوص خاصة ، ومن تلك القواعد ، قاعدة أن شكل العقد يخضع لقانون البلد الذى أبرم فيه ، وقاعدة خضوع الميراث فى المنقول لقانون موطن المتوفى ، وقاعدة خضوع المال من حيث الحقوق العينية التى ترد عليه لقانون موقعه .

---

(١) محكمة ملوى الجزئية فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤١، المحاماة، س ٢٢ – ص ٢٨.

والعرف قد يكون داخلياً أو دولياً ، فإذا لم يجد القاضى نصاً فى التشريع، فإن عليه أن يرجع إلى العرف الداخلى ، فإذا لم يجد فإلى العرف الدولى المستقر فى كثير من الدول ، والذي يشهد به قضاؤها أو القضاء الدولي ، وفى هذا نصت المادة (٢٤) مدنى على أنه : " تتبع فيما لم يرد نص بشأنه فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين ، مبادئ القانون الدولى الخاص " .

(٤) في القانون الدستوري :

أما عن مجال العرف فى القانون الدستورى ، فإنه نظراً لأن قانوننا الدستورى مكتوب على خلاف الحال فى إنجلترا مثلاً ، حيث يتكون القانون الدستورى هناك تكويناً عرفياً ، فإن دور العرف الذى يلعبه عندنا فى القانون الدستورى ضئيل جداً ، ومع ذلك فإنه يمكن أن يمثل له بما جرى عليه العرف الدستورى من إعطاء السلطة التنفيذية حق إصدار لوائح الأمن أو البوليس .

كما أن الدستور يشير فى بعض نصوصه إلى العرف ومن ذلك ما كانت تقضى به المادة (٤٣) من دستور سنة ١٩٥٦ بقولها : " تحمى الدولة حرية القيام بشعائر الأديان طبقاً للعادات المرعية فى مصر ، على أن لا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافى الآداب " ، وقد كان هذا النص تكراراً للنص الذى كان وارداً فى المادة (١٣) من دستور سنة ١٩٢٣، ولم يرد نظير له فى المادة (٤٦) من الدستور الحالى حيث تنص هذه المادة على أنه : " تكفل الدولة حرية العقيدة ، وحرية ممارسة الشعائر الدينية " .

(٥) في القانون الإداري :

يعتبر العرف فى القانون الإدارى مصدراً رسمياً يجئ بعد التشريع فى المرتبة ، ويقصد به فى مجال هذا القانون : ما درجت عليه جهات الإدارة فى علاقات بعضها ببعض ، أو بالأفراد واضطرد سيرها عليه .

وقد أقر القضاء الإدارى المصرى العرف كمصدر من مصادر القانون الإدارى يكمل التشريع فقضت محكمة القضاء الإداري ، بأن العرف الإدارى الذى استقر عليه العمل واضطرد هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة بحيث تعتبر مخالفة الجهة الإدارية له ، مخالفة للنظام المتبع مما تجوز المؤاخذة عليه ، ذلك أن المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص فى قانون أو لائحة ، بل هي تشمل كل قاعدة جرت عليها الإدارة واتخذتها منهجاً لها[١] .

(٦) في القانون الدولي العام :

أما في مجال القانون الدولى العام فلا يزال الشطر الأكبر من قواعده عرفياً ، ويتكون العرف فى مجاله من اضطراد سير الدول فى علاقاتها المتبادلة على سلوك معين ، ويشترط في هذا العرف أن يكون عاماً، أى تسير عليه معظم الدول الأعضاء فى الأسرة الدولية ، ومتى أصبح العرف الدولى عاماً على هذا النحو أصبح ملزماً للدول جميعاً حتى تلك التى لم تساهم فى خلقه وتكوينه ، فالدول حديثة العهد بالانضمام للأسرة الدولية تلتزم بمراعاة العرف الدولى المستقر، كما تلتزم الدول باحترام القواعد الخاصة بالشئون البحرية ، حتى ولو لم يكن لها شواطئ وقت تكوين القواعد العرفية .

ويرجع في استخلاص القواعد العرفية الدولية ، إلى كل ما يمكن أن يستنتج منه سير الدول فعلاً على مقتضاها والتزامها بها كقاعدة قانونية ، فهي تثبت من استقراء الحوادث التاريخية ، ومن الوثائق الرسمية ، ومن تعليمات

(١) محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٥٠/٥/٤، المحاماة – س ٣١ – رقم ٧٢ – ص ٢٣٥، وراجع : د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٢١٥ وما بعدها.

الدول لممثليها السياسيين ، ومن أحكام المحاكم الدولية والداخلية ، ومن دراسات فقهاء القانون الدولي العام[1].

المبحث الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

يعتبر الدين هو المصدر الرسمي الأساسي والأصيل من مصادر القانون في نطاق الأحوال الشخصية يأتي بعد التشريع في المرتبة ، وهو هنا بمثابة التوضيح لما انتهى إليه التشريع ، لأن التشريع مأخوذ منه مباشرة ، لأن كل ما يتعلق بنظام الأسرة يطبق بشأنه القواعد الدينية سواء أكان الأمر متعلقاً بالمسلمين أم بغير المسلمين ، فالدين مصدر رسمي أصيل في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين ، وتطبق في هذا الشان الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية كما تطبق على غير المسلمين ، إذا لم تتوافر شروط تطبيق شريعتهم الدينية في مسائل الأحوال الشخصية .

ولما كانت مبادئ الشريعة الإسلامية قد أصبحت منذ صدور القانون المدني المصري الحالي ، مصدراً رسمياً احتياطياً يأتي بعد التشريع في قانون العمل وبعد التشريع والعرف في غير مسائل الأحوال الشخصية ، أي (المعاملات المالية) ، كما أنها تعتبر - أيضاً - مصدراً تاريخياً لبعض أحكام القانون المصري ، فإنه يتعين الإشارة إلى ذلك :

(١) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٢١٨ وما بعدها ، د. عبد المنعم فرج الصدة - ص ١٤٤ وما بعدها د. حسن كيرة - ص ١٦٢، د. جميل الشرقاوى - فقرة ٥١ - ص ١٤٦ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور - ص ١٣٤، د. أحمد سلامة - فقرة ٧٣، د. عبد الرازق فرج - ص ٧٦ وما بعدها.

أولاً : الشريعة الإسلامية مصدر رسمي للقانون :

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون ، وفي هذا الخصوص، تنص المادة الأولى من التقنين المدني المصري على أنه:

(١) " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها .

(٢) فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " .

ويبدو من هذا النص أن مبادئ الشريعة الإسلامية قد أصبحت مصدراً رسمياً للقانون ، يأتي في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف ، وتسري مبادئ الشريعة في هذا الخصوص على أساس الأحكام المقررة فيها للمعاملات المالية، وذلك عند عدم وجود نص في القانون ، وعند عدم وجود العرف ، وتطبق على المسلمين ، وعلى غير المسلمين في جميع المسائل إلا ما تعلق منها بالأحوال الشخصية حيث يطبق الدين باعتباره مصدراً رسمياً على النحو الذي سلف بيانه [١] ، كما تعتبر الشريعة الإسلامية هي المصدر التالي للتشريع في قانون العمل ، وذلك وفقاً لما تنص عليه المادة (١٠٢) من القانون (١٣٧) لسنة ١٩٨١ بقولها : " تطبق هيئة التجكيم التشريعات المعمول بها ولها أن تستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ العدالة " ، فقد ورد النص على الشريعة الإسلامية للرجوع إليها بعد التشريعات المعمول بها .

---

(١) د. أحمد سلامة – فقرة ٧٦ ، د. جميل الشرقاوي – فقرة ٥١ ، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٥٣، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٨٢ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٤٦ وما بعدها ، د. جمال الدين زكي – ص ١٣٢ وما بعدها ، د. شمس الدين الوكيل – فقرة ١١٨ وما بعدها .

المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية :

ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية ، المبادئ العامة في المذاهب المختلفة، دون التقيد بمذهب معين ، ولهذا فإنه يتعين على القاضي عند الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية أن يراعى الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي ، وذلك للتنسيق فيما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته ، فلا يجوز الأخذ برأي في الفقه الإسلامي ، يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ ، وذلك حتى لا يفقد التشريع تجانسه وانسجامه ، وإنما يتعين الأخذ بالرأي الذي ينسجم مع تلك المبادئ ، لأنه هو الذي يبدو أن التشريع قد تبناه ، ورأى فيه الملاءمة لحكم الوقائع التي يريد تنظيمها [(١)] .

ثانياً : مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون :

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً للقانون المصري في أحكام كثيرة حيث أخذ عنها كثيراً من المبادئ والنظريات ، ومن ذلك الأحكام الخاصة بالأهلية ، وبتصرف المريض مرض الموت ، والشفعة والهبة ، والغبن في بيع مال القاصر ، وخيار الرؤية ، وتبعة الهلاك في المبيع ، وإيجار الأراضي الزراعية ، وهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وانقضاء الإيجار والحكر ، وأحكام العلو والسفل ، والحائط المشترك ، ومبدأ عدم أيلولة التركة إلى الورثة إلا بعد سداد الديون ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، وحوالة الدين ، ونظرية الظروف الطارئة ، وبحصول الإبراء بإرادة الدائن وحده.

كما أخذ المشرع النصوص المتعلقة بقوانين الأحوال الشخصية ، ومنها القانــون رقــم (١) لسنة ٢٠٠٠م والقوانين السابقة عليه ، وهي القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٥م ، والقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م. كما أخذ القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٤٣م ، في شان المواريث ، والقانون رقم (١٨٠) لسنة

---

(١) د. السنهوري – الوسيط – جـ١ – ص ٤٩ .

١٩٥٢م ، والقانون رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢م الخاص بالولاية على المال ، ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية في تلك القوانين تطبق على المسلمين وعلى غير المسلمين ، وذلك على نحو يحقق الاستقرار والعدالة دون أدنى تفرقة بين أبناء الوطن الواحد بسبب اختلاف دياناتهم ، لكن هذا الأمر يحتاج إلى توضيح وتجلية أكثر .

سريان أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين :

ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية في سريان أحكامها ، تشمل المسلمين وغيرهم ، حيث تظل الجميع بعدلها ومرونتها وصلاحيتها لحكم تصرفات الناس أجمعين بالعدل والقسط ، وحين نقول غير المسلمين فإنما نقصد جميع أتباع الديانات الأخرى ، وإن كان الواقع قد صدّق ذلك في طوائف غير المسلمين ممن لهم مركز قانوني يحكمه القانون ، ويخضعون لجهة قضاء خاصة بهم للفصل في منازعاتهم المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، وقت صدور القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥م في مصر وهم طوائف المسيحيين واليهود .

ملل وطوائف المسيحيين :

المسيحيون هم أتباع نبي الله السيد المسيح عيسى بن مريم - على نبينا وعليهما أفضل الصلاة والسلام - وينقسم معتنقوا الديانة المسيحية في الوقت الحاضر إلى ثلاث ملل أو مذاهب هي : الكاثوليكية، والأرثوذكسية ، والبروتستانتية ، وقد بدأت المسيحية ديناً واحداً لا ملل فيه ، واستمرت الكنائس المسيحية حتى القرن الخامس الميلادي متفقة في جميع عقائدها التي أهمها أن للسيد المسيح عليه السلام طبيعتين : طبيعة إلهية ، طبيعة بشرية(١)، حتى ظهر في القرن الخامس ، مذهب اليعقوبيين ، نسبة إلى يعقوب البرادعي،

---

(١) دكتور عبد الودود يحيى : أحكام قانون الأسرة لغير المسلمين - فقرة ٢٢ - طبعة سنة ١٩٧٠م.

أسقف الرها بجنوب تركيا [1] الذي نادى بأن للمسيح طبيعة واحدة هي الطبيعة الإلهية ، وانتشر هذا المذهب ، وتبعه أهل الشرق عموماً، ومنهم أقباط مصر ، الذين استقلوا بكنائسهم الأرثوذكسية عن كنيستي القسطنطينية وروما ، وذلك عقب مجمع " خلقيدونه " بآسيا الصغرى عام ٤٥١م ، والذي قرر أن للمسيح طبيعة مزدوجة ، ومنذ ذلك الوقت عرفت الكنيسة المصرية بالكنسية القبطية الأرثوذكسية ، واتخذت اللغة القبطية لغة للعبادة في كنائسها ، وجعلت الإسكندرية مقر الكرسي البابوي [2] .

وفي القرن الحادي عشر حدث الانشقاق الكبير بين الكنيسة الشرقية والكنيسة الغربية في روما ، بسبب اختلافهما على رئاسة العالم المسيحي ، وأدى هذا الاختلاف إلى انفصالهما عام ١٠٥٤م ، بعد أن نسبت كل منهما إلى الأخرى أنها خالفت أصول الديانة ، كما أطلقت كل منهما على نفسها اسمي : الكنيسة الأرثوذكسية ، أي " ذات الرأي المستقيم " ، والكنيسة الكاثوليكية ، أي " الجامعة " ثم غلبت تسمية الكنيسة الأرثوذكسية على الكنيسة الشرقية ، والكاثوليكية على كنيسة روما ، وأصبحت الديانة المسيحية تنقسم إلى المذهبين: الأرثوذكسي والكاثوليكي [3] .

وقد ظهر في القرن السادس عشر ، المذهب البروتستانتي ، الذي نادى به الراهب الألماني " مارتن لوثر " ، وهذا المذهب لا يعترف برئاسة دينية ، ويبيح لكل فرد أن يفسر الكتاب المقدس بنفسه، لأن فهمه ليس قاصراً على رجال الدين[4] .

---

(١) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٢) دكتور توفيق فرج : أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين – فقرة ٢٩ – طبعة سنة ١٩٦٩م.

(٣) نفس المرجع السابق – فقرة ٣٠ ، ٣١ .

(٤) د. عبد الودود يحيى ، نفس المرجع السابق .

ويتدرج تحت كل مذهب من تلك المذاهب الثلاثة عدة طوائف :

فطوائف المذهب الأرثوذكسي أربع هي :

الأقباط ، والروم ، والأرمن ، والسريان .

وطوائف المذهب الكاثوليكي سبع هي :

الأقباط ، والروم ، والأرمن ، والسريان ، والكلدان ، والموارنة، واللاتين.

وأما طوائف المذهب البروتستانتي فإنها أكثر من واحدة لكن المشرع المصري اعتبرهم جميعاً طائفة واحدة ، تعرف بطائفة الإنجيليين الوطنيين [1].

ملل وطوائف اليهود :

بدأت الديانة اليهودية كما بدأت المسيحية ديناً واحداً لا ملل فيه، يؤمن أتباعها بالتوراة التي أنزلها الله على سيدنا موسى - على نبينا وعليه أفضل الصلاة والسلام - واستمرت كذلك حتى القرن الثامن الميلادي ، حيث انقسم اليهود إلى مذهبين هما : الربانيون ، والقراءون .

ويرجع سبب انقسام اليهود إلى نظرتهم " للتلمود " وهو عبارة عن أحكام تفصيلية زيادة عما ورد في التوراة ، تناقلها الخلف عن السلف شفاهاً حتى تم تدوينها بعد ، فالربانيون يرون أن الله لم ينزل على موسى التوراة وحدها ، وإنما أنزل عليه أحكاماً أخرى أمره أن يبلغها شفاهة إلى من بعده ، وهذه الأحكام تسمى " الميشنا " ، ومعناها الكتاب الثاني ، فالتوراة غير المكتوبة هي " الميشنا " التي اضطروا إلى تدوينها خوفا عليها من النسيان أو التحريف [2] ، وقد شرحت الميشنا في كتاب يسمى " الجمراة " ، أي التكملة ، ومن الميشنا والجمراة يتكون التلمود ، أما القراءون فيعتقدون أن الله لم ينزل على موسى

---

(١) د. عبد الودود يحيى ، نفس المرجع السابق – فقرة ٣٣ .

(٢) المرجع السابق – فقرة ٢٤ .

إلا التوراة الأصلية ، ولذلك فهم لا يؤمنون بالتلمود ، وقد سموا بالقرائين لأنهم لا يؤمنون إلا بما يقرأ ، وهو التوراة المكتوبة دون الشفوية وهي "التلمود" (١).

ولم تتعدد طوائف اليهود كما تعددت طوائف المسيحيين ، فالقراءون ظلوا طائفة واحدة ، وأما الربانيون فقد انقسموا إلى طائفتين هما (السفارديم) وهم يهود الشرق وشمال أفريقيا والأندلس ، والإشكينازيم) وهم يهود أوربا ، ولا أهمية لهذا التقسيم فكلاهما ربانيون .

طوائف غير المسلمون في مصر – إذن – أربع عشر طائفة ، ينتمون إلى مذاهب المسيحية واليهودية ، وللمسيحية ثلاثة مذاهب هي الأرثوذكسية وينتمي إليها أربع طوائف ، والكاثوليكية وينتمي إليها سبع طوائف ، والبروتستانت وهم طائفة واحدة ، ولليهودية طائفتان هما : الربانيون ، والقراءون ، فيكون مجموع الطوائف أربع عشرة طائفة (٢).

مساواة غير المسلمين أمام القانون :

والولاء للإسلام في المجتمع الإسلامي لأبنائه جميعاً ، مسلمين وغير مسلمين ليس قولاً بعيداً عن الواقع ، لأن الشريعة الإسلامية ليست بعيدة عن حكم كثير من تصرفات غير المسلمين حالياً ، كما أنها ليست غريبة في التطبيق عليهم الآن ، لأنها تتناول بالتنظيم كثيراً من الروابط القانونية والمراكز المالية في وقتنا الحاضر ، وهي في هذا الصدد تطبق على المسلمين وغيرهم ، وسواء كان ذلك التنظيم بطريق مباشر ، كما في القوانين الخاصة التي صدرت مأخوذة من الشريعة الإسلامية قلباً وقالباً، وذلك كما في قانون الميراث ، وقانون الوصية ، والوقف ، وغير ذلك من القوانين المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، أم بطريق غير مباشر يتمثل في اقتباس نظريات متكاملة ،

---

(١) المرجع السابق – فقرة ٢٤ .

(٢) أحمد صفوت : قضاء الأحوال الشخصية لغير المسلمين – ص ٩٩ – الطبعة الثالثة .

وموضوعات شاملة من الفقه الإسلامي ، كما حدث في التقنين المدني المصري الجديد الصادر في ٦ يوليو سنة ١٩٤٨م ، حيث أخذ هذا القانون عن الفقه الإسلامي كثيراً من الموضوعات التفصيلية والنظريات الكاملة ، ومن أهم ما اقتبسه ذلك القانون عن الفقــه الإسلامي :"نظرية التعسف في استعمال الحق" ، و " حوالة الدين " و " مبدأ الحوادث الطارئة " ، ومن المسائل التفصيلية في هذا الخصوص : الأحكام الخاصة بالإيجار والوقف والحكر ، وأحكام الأهلية والهبة والشفعة ، والمبدأ المعروف بأنه : لا تركة إلا بعد سداد الدين (١) .

وتطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين في الوقت الحاضر لايقتصر على الجوانب المالية ، بل يتعداه إلى كثير من مسائل الأحوال الشخصية ذات الصلة الوثيقة بالعقيدة الدينية ، كالمسائل المتعلقة بالأسرة من خطبة وزواج ، وآثارهما المالية ... وغيرها ، ويمكن إلقاء الضوء على ذلك بشيئ من التفصيل :

(١) بالنسبة للمسائل المالية :

تتناول الشريعة الإسلامية بالتنظيم كثيراً من المسائل المالية للمسلمين وغيرهم ، وأحكامها ملزمة للجميع في تلك المسائل ، حيث يخضع لها جميع المواطنين على اختلاف دياناتهم ، ومن هذه المسائل :

(أ) مسائل المواريث :

ينظم مسائل المواريث في مصر القانون رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٣ وقد صدر هذا القانون مستمداً من نصوص الشريعة الإسلامية ، ويخضع لأحكامه جميع المواطنين ، مسلمين وغير مسلمين ، وإذا وجد نزاع ليس له حكم في

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية – ص ١٠٢ ، وراجع في هذا الموضوع : المستشار عبد الستار آدم ، الشريعة الإسلامية والقانون المدني دراسة مقارنة ، لجنة الخبراء بالمجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، الكتاب العاشر ١٣٨٩هـ – ١٩٦٩م .

هذا القانون فإن المحاكم تفصل فيه وفقاً للقول لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، طبقاً للمادة (٢٨٠) من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون (٨٧) لسنة ١٩٣١م ، والمنصوص عليه في القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ .

كما يلاحظ أن القانون المدني الجديد ، قد نص في المادة (١/٨٧٥) منه على أن : " تعيين الورثة ، وتحديد أنصبتهم في الإرث، وانتقال أموال التركة إليهم ، تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها" .

(ب) مسائل الوصية :

ومسائل الوصية تخضع في تنظيمها للقانون المصري (٧١) لسنة ١٩٤٦م المأخوذ عن الشريعة الإسلامية ، ويخضع لأحكامه المسلمون وغيرهم، وقد نصت المادة (٩١٥) من التقتين المذكور ، على أنه : " تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها " .

(ج) المسائل التي ينظمها القانون المدني الجديد :

من المعروف أن القانون المدني الجديد قد أخذ كثيراً من المسائل المالية عن الشريعة الإسلامية ، وهو يطبق على جميع المواطنين ، لأنه الشريعة العامة للتشريع الوضعي ، ومن هذه المسائل : حوالة الدين ، وكثير من مسائل الإيجار والحكر ، وأحكام الأهلية والهبة والشفعة ، وغير ذلك من الموضوعات التي أخذت مستلهمة من روح الشريعة الغراء [١].

(٢) بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية :

تعتبر الشريعة الإسلامية ذات الولاية العامة التي تنظم روابط الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين وغيرهم ، وأما الشرائع " الملِّية " لغير المسلمين

---

(١) المستشار عبد الستار آدم ، المرجع نفسه – ص ١٠١ وما بعدها .

فولايتها استثنائية [1] ، لأنها لا تطبق على مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين إلا إذا توافرت شروط تطبيقها التي نصت عليها المادة (٦) من القانون رقم (٤٣٢) لسنة ١٩٥٥م ، وهي اتحاد الخصوم في الديانة والملة والطائفة ، ووجود مجالس مليّة منتظمة لهم ، وقت صدور القانون المشار إليه، فإذا تخلف شرط من الشروط المذكورة كأن اختلف الخصوم في الديانة أو الملة أو الطائفة ، فإن أحكام الشريعة الإسلامية تكون هي الواجبة التطبيق[2] ، فالشريعة الإسلامية – إذن – ليست غريبة على حياة غير المسلمين ، كما أنها ليست بعيدة عن حكم كثير من تصرفاتهم ، والتطبيق على كثير من جوانب حياتهم القانونية ، والتخوف من استكمال تطبيق تلك الشريعة ، على ما بقي من بعض تلك الجوانب ، بحجة أن أبناء الأمة ليسوا كلهم من المسلمين لا محل له ، لأن تلك الشريعة الغراء لا تضيع الحقوق بل تحافظ عليها وترعاها ، وهي سماوية المصدر ، عالمية التطبيق ، لا تفرق بين المسلم وغيره في أمور المعاملات ، وقد حوى فقهها العظيم من المبادئ التشريعية الفذة والقواعد الفقهية الراقية على ما يفوق أحدث التشريعات العصرية .

وفي هذا يقول الأستاذ الدكتور سليمان مرقس : (ففي الكتاب والسنة ، وهما أساس الدين الإسلامي ، وأهم المصادر الشرعية الإسلامية ، والكثير من القواعد القانونية المتعلقة بالزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والتجارة والبيع والعقود والحدود ، وغير ذلك من القواعد الجنائية وغيرها ، وقد تناول فقهاء الإسلام هذه الأحكام بالشرح والتفصيل ، وفرّعوا عليها الكثير من الحلول حتى غدت الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً يعدل أرقى الشرائع ، بل إن بعض نظمها يفضل ما يقابله من نظم في أحدث الشرائع العصرية) [3]، ومن

---

(١) د. عبد الودود يحيى ، دروس في مبادئ القانون – ص ٩١ – طبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٧م.

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية – فقرة ١٥٧ – طبعة ١٩٦٧م .

ثم يتأكد ما قررنا في أكثر من موضع أن الدعاوي التي تثار ضد الاحتكام لتلك الشريعة بحجة المساس بمراكز غير المسلمين ، لا محل لها ، ولا تقوم على أساس سليم ، لا من المنقول ولا من المعقول .

والواقع أن احتكام الناس جميعاً إلي هذه التقنيات المستقاة من التشريع الإسلامي والمأخوذة من مصادره ونظرياته ، تبرهن على قدرته التشريعية لتنظيم معاملات البشرية كلها ، على أساس من الحق والعدل ، ودون تفرقة بينهم على أساس اختلاف الدين أو العقيدة ، الأمر الذي يعتبر من أعظم مقومات الاحتكام لهذا التشريع ، من خلال تقبل الخضوع لأحكام هذه القوانين المأخوذة منه ، والتي تعتبر مرآة لأحكامه ، وعلامة على صلاحيته ، وقدرته على حكم تصرفات الناس أجمعين في كل زمان ومكان .

المبحث الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

يقصد بمبادئ القانون الطبيعي : ما اتفقت عليه العقول البشرية واستحسنته في مجال العلاقات الاجتماعية ، حين يراد إقامة العدل فيها بعيداً عن النص ، أو ما يعتبر مثالاً يهتدي به المشرع الوضعي حتى يقترب من حد الكمال في إقامة العدل بين الناس (١) .

وأما العدالة : فهي الشعور الفطري الكامن في النفس ، والمستكن في الضمير بإعطاء كل ذي حق حقه ، أو هو الإحساس الفطري بالعدالة عندما يتم وضع الإنسان العادي في مكان الحكم بين اثنين لإعطاء كل ذي حق حقه (٢) ، أو هي الشعور الذي يختلف بحسب البلاد والأشخاص دون أن يتخذ فكرة ثابتة

(١) د. جمال الدين زكي – ص ١٣٦ ، د. عبد المنعم البدراوي – ص ٣٤٥ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٤٩ ، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٨٥ .

(٢) د. عبد المنعم البدراوي – السابق .

ومحددة ، في مجال العدل ، أو ما يؤخذ في الاعتبار من الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة الحق على واقع الحياة العملي ، أو هي شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ، ويوحي به الضمير المستنير بهدف إيتاء كل ذي حق حقه [(١)].

ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة على هذا النحو تعتبر المصدر الرسمـــي الأخير من مصادر القانون المصري التي ورد النص عليها في المادة (٢/١) من القانون المدني حين قالت : " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

مفتاح الاجتهاد أمام القضاء :

لعل من أهم الفوائد المستفادة من إحالة المشرع على هذه المبادئ ، أنها تشجع القاضي على المضي في حكمه ، دون تنكب سبيل النكول عن القضاء حينما لا يجد للنزاع المعروض أمامه حكماً في التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية حيث تلزمه تلك المبادئ بأن يجتهد برأيه ولا يمل من الوصول إلى الحكم العادل ، وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني إلى هذا المعنى حين قالت : " وإذا كانت عبارة التقنيات الحديثة تفضل هاتين العبارتين (مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) ، من بعض الوجوه بسبب ما يؤخذ عليها عادة من الإبهام ، إلا أن الواقع يفيد أن هذه العبارات جميعا لا ترد القاضي عن المضي في حكمه ، بل تلزمه أن يجتهد برأيه حتى لا يلج سبيل النكول عن القضاء ، وهي تحثه في اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة ، لا عن تفكير ذاتي خاص ، فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية

---

(١) د. منصور مصطفى منصور – ص ١٥٩ ، د. جميل الشرقاوي – فقرة ٢٣ ، د. جمال الدين زكي – ص ١٣٧ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١١٤ .

تنسبها تارة إلى القانون الطبيعي ، وتارة إلى العدالة ، وتارة إلى قانون الدولة، أو إلى القانون بوجه عام دون نعت أو تخصيص " .(١)

وقد طبق القضاء المصري تلك المبادئ في أحول كثيرة ، وجني من ورائها نتائج طيبة في مجال العدالة وحفظ حقوق الناس ، والحكم بينهم بالحق، ومن ذلك : الأحكام التي قررها بشأن الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، كحماية حقوق المؤلفين حتى قبل أن يصدر القانون رقم (٣٥٤) لسنة ١٩٥٤ ، فهو استناداً إلى مبادئ العدالة ألزم من يعتدي على هذه الحقوق بأن يعوض أصحابها عما يلحقهم من ضرر بسبب الاعتداء عليها ، وكذلك ما قرره المشرع بخصوص نظرية التعسف في استعمال الحقوق حيث قرر أن من يتعسف في استعمال حقه يكون مرتكباً لخطأ تقصيري يجعله مسئولاً عما يصيب الغير من ضرر بسببه .

وكذلك ما قرره المشرع بشأن نظرية تحمل التبعة ، ومؤداها أن يتحمل صاحب الآلات أو المسئول عنها تبعة ما تحدثه من أضرار للغير، حتى ولو لم يثبت خطأ في جانبه ، بناء على قاعدة (الغرم بالغنم) المأخوذة من الفقه الإسلامي ، وكذلك على خلاف ما هو مقرر في قواعد المسئولية التقصيرية من ضرورة توافر الخطأ في جانب الشخص حتى يكون مسئولاً عن الضرر ، ومبدأ اعتبار الجنين موجود في كل ماله فيه مصلحة ، وسقوط الحقوق الشخصية بالتقادم ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة ، التي تقضي بأنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بسبب حادث طارئ لم يكن في الوسع توقعه ، وجب رد هذا الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ١ – ص ١٨٨ .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٥٣ ، د. جميل الشرقاوي – ص ١٥٢ ، د. توفيق فرج ، ص ١٥٢ وما بعدها ، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٥٨ ، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٨٧ .

حدود تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

بيد أنه تجب مراعاة أن القاضي لا يمكنه تحت ستار الأخذ بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، أن يخرج على النصوص التشريعية والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون مهما بدا له أن تلك النصوص أو هذه المبادئ غير متفقة مع مبادئ القانون الطبيعي أو العدالة ، لأنه مصدر احتياطي لا يلجأ إليه إلا عند عدم وجود تنظيم قانوني للمسألة .

ومن ثم فإنه لابد من مراعاة أمرين :

أولهما : أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بقواعد العدالة إذا كان وجه الحكم في الدعوى بمقتضى القانون واضحاً وصريحاً ، ومعنى هذا أنه لا يجوز للقاضي بحجة مراعاة العدل والإنصاف أن يقضي بغير القواعد التشريعية أو العرفية الواجبة التطبيق ، وليس له أن يستبدل بهذه القواعد قواعد أخرى يسندها إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ثانيهما : أنه لا يجوز للقاضي أن يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذا كان من الممكن أن يسد هذا النقص عن طريق القياس ، حيث يكون في العمل به غنى عن هذا المبدأ ، ويستطيع القاضي من خلاله تعدية الحكم الوارد في النصوص ، إلى حالات أخرى لم يرد بشأنها نص ، لاتحاد العلة أو الحكمة [1].

دور الفقه والقضاء في استخلاص تلك المبادئ :

والفقه هو الذي يستخلص المبادئ القانونية العامة التي يقوم عليها تشريع الدولة ، وهو بهذا يعين القضاء معاونة كبيرة ، لأننا متى وضعنا مبادئ عامة أمكن أن نستخلص منها قواعد تفصيلية لتطبق على ما يجد من منازعات

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٢٨ وما بعدها .

ومشاكل ، كما يستطيع القاضي عند اجتهاده أن يأخذ بالمبادئ المشتركة في قوانين الدول ، والقانون المقارن يستطيع أن يمد القاضي بقواعد تسعفه عندما لا يجد قاعدة في المصادر الرسمية .

وهذا ما سارت عليه المحاكم المصرية بالفعل ، فهي من خلال الاستناد إلى هذا المبدأ استطاعت أن تطبق المبادئ العامة في القانون المصري ، وأخذت ببعض قواعد الشريعة الإسلامية ، واتبعت بعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية ، أو في اتفاقات دولية ، بل واستحدثت أحكاماً وفق الروابط الاجتماعية المستجدة ، دون أن يكون لها سند في التشريع أو العرف ، توخياً لأصلح القواعد وأكثرها ملاءمة لطبيعة الأوضاع التي قصر المشرع عن تنظيمها .

المبحث الخامس
الفقه والقضاء مصدران تفسيريان

يعتبر الفقه والقضاء مصدران تفسيريان في القانون المصري ، لأن المصادر الرسمية له هي : التشريع والدين في مسائل الأحوال الشخصية وقانون العمل ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وبالإضافة إلى ذلك يوجد هذان المصدران اللذان ليست لهما أية صفة رسمية ، حيث يقتصر أمرهما على تفسير القانون ، لأن القاضي يقوم بتفسير القانون تفسيراً قضائياً أو علمياً أو تطبيقياً ، ويقوم الفقهاء بتفسير القانون فيما ينشرونه من مؤلفات وبحوث [1].

(1) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٣٥ وما بعدها ، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١١٥ ، د. حسن كيرة – فقرة ١١٨ وما بعدها ، د. عبد الودود يحيى – ص ١٣٣ وما بعدها ، د. جميل الشرقاوي – فقرة ٣٥ وما بعدها ، د. جمال الدين زكي – ص ١٤٣ وما بعدها ، د. عبد الرازق فرج – ص ٨٨ وما بعدها .

ورغم أن دور هذين المصدرين مقتصر على مجال التفسير ، إلا أن لكل منهما دوراً هاماً قد يؤدي إلى خلق القواعد القانونية الجديدة ، مع ملاحظة أنهما غير ملزمين قانوناً ، فالقضاء بمختلف درجاته لا يتقيد بآراء الفقهاء ولا بأحكام المحاكم ، وكل ما يمكن قوله : إنه قد يستأنس بما استقر عليه رأي الفقهاء ، أو بما سارت عليه الأحكام ، والأمر كذلك بالنسبة للمشرع فهو كثيراً ما يهتدي بآراء الفقهاء وأحكام المحاكم عند وضع التشريع الجديد أو عند تعديله ، ولهذا يمكن القول وصفاً لهذين المصدرين ، أنهما من وسائل الاستئناس أو الإقناع[1] ، ونبين حقيقة كل منهما في مطلب على حدة .

المطلب الأول

الفقـــــه

والفقه لغة الفهم ، وفي اصطلاح فقهاء الشريعة : هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من الأدلة التفصيلية ، أي مصادر التشريع وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، وغير ذلك من الأدلة المعتبرة في استنباط الأحكام .

وهو في اصطلاح فقهاء القانون : يقصد به استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية [2]، والاستنباط يقابل عمل الأصوليين عند فقهاء الشريعة ،وهو لفظ غير دقيق في الدلالة على الفقه ، لأن الاستنباط يعني جملة الوسائل العلمية التي يتم من خلالها استنباط الحكم من النص القانوني ، ولذلك كان من المقبول أن يعرف الفقه بأنه : مجموعة الآراء التي يبديها شراح

---

(١) د. عبد الرازق فرج – السابق .

(٢) د. عبد الرازق فرج – ص ٨٩ .

القانون وأساتذته ، سواء أكان ذلك في مؤلفاتهم القانونية ، أم في أبحاثهم ، أم في فتاواهم ، أم في تعليقاتهم على أحكام القضاء [1].

ويقوم الفقه بدور كبير في استنباط الأحكام من مصادرها وتحليلها ، كما يقوم الفقهاء بشرح القوانين ، وبيان شروط تطبيقها وضوابطه ، وللفقه دور في التأصيل وبيان الاتجاه العام للتشريع والقضاء ، كما أن الفقهاء يستنبطون المبادئ العامة من القواعد التفصيلية ، ويعتبر الفقه هو المصدر العلمي والعملي للقانون[2].

أولا : دور الفقه في القانون الروماني :

كان الفقه مصدراً رسمياً في القانون الروماني ، كما كان له فضل كبير في تقدمه ، وتحوله إلى قانون يحكم إمبراطورية واسعة شملت حوض البحر الأبيض المتوسط وكثيراً من البلاد الأوربية، ويكفي أن الفقه قد أسفر عن وجود أهم المجموعات التي جمعها الإمبراطور جوستنيان في القانون الروماني إبان القرن السادس الميلادي ، وهي (الموسوعة) (لديجستب) Digesta ، التي حوت أحكام القانون الروماني مستقاة من كتابات فقهاء العصر العلمي .

وقد كان علم القانون وقفاً على رجال الدين ، إلا أنه في السنوات الأخيرة من القرن الرابع قبل الميلاد ، استطاع هذا العلم أن يصل إلى الأفراد ، ومن ثم سنحت الفرصة لغير رجال الدين أن يشتغلوا بفقه القانون ، ولقوا قبولاً من

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – السابق ، د. جميل الشرقاوي – ص ١٥٩ ، د. جمال الدين زكي – ص ١٨٦ د. عبد لحي حجازي – فقرة ٢٣٤ .

(٢) د. عبد المنعم البدراوي – السابق ، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١١٧ .

العامة في الرجوع إليهم عن رجال الدين ومن ثم نشأ الفقه الحر في روما ، وانتهى احتكار رجال الدين لعلم القانون .

وقد بلغ الفقه الروماني أوج عظمته في العصر العلمي الذي بدأ من سنة ١٣٠ ق.م ، حتى عام ٢٨٤ ميلادية ، وأهم معالم هذا العصر موسوعة جوستنيان ، ثم بدأ الفكر الروماني في التدهور منذ أواخر القرن الثالث للميلاد ووقف عن التطور والتجديد ، وأقتصر الأمر على الرجوع لمؤلفات العصر العلمي ، واعترفت الدولة لبعض الفقهاء بإصدار فتاوى ملزمة للقضاء ، ومن أشهرهم خمسة فقهاء هم : مودستان ، وبول ، وأولبيان ، وباتيبان ، وجابوس، وقد أصبحت فتاواهم وآراءهم مصادر ملزمة بعد موتهم ، ولما وضع جوستنيان مجموعته في القرن السادس الميلادي سنة ٥٢٣ ، استمد أحكامها من آراء هؤلاء الفقهاء [١].

ثانيا : دور الفقه في الشريعة الإسلامية :

وصلة الفقه بالشريعة الإسلامية وثيقة ، فهو شارح ومفصل لما ورد في الكتاب والسنة ، ولما جاء فيهما من أحكام عامة ومبادئ كلية وذلك من خلال أمرين هما:

(١) الإجماع :

ويقصد به اتفاق المجتهدين في عصر من العصور بعد وفاة الرسول – صلى الله عليه وسلم – على حكم شرعي في واقعة من الوقائع قولاً أو فعلاً ، ومتى انعقد الإجماع على هذا النحو من الفقهاء وجب اتباعه والعمل به .

ويشرط أن يصدر الإجماع من فقهاء مجتهدين وليس عواما أو جهالاً بالأحكام الشرعية ، كما لا ينعقد الإجماع في عصر الرسول – صلى الله عليه وسلم – لأنه هو المرجع في فهم وتعرف الأحكام الشرعية .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٣٧ وما بعدها .

(٢) الاجتهاد والرأي :

والاجتهاد هو بذل الجهد في معرفة حكم شرعي في غير موطن الإجماع، فلا يكون الاجتهاد حجة في ثبوت الحكم الذي رآه المجتهد ، بل يجب عليه أن يأخذ بما أسفر عنه اجتهاده ، وله أن يعدل عن رأيه إذا انتهى اجتهاده مرة أخرى إلى رأي مخالف إذا كان فقيهاً ، أما إذا كان حاكماً أي قاضياً فإنه لا يجوز له أن يرجع .

ويشترط في المجتهد أن يكون عالماً بالكتاب والسنة ، ومعرفة وجوه القياس وما يقبل منه وما لا يقبل ، وهذا يعني أنه يجب أن يكون متمكناً في أصول الفقه .

وعلى ضوء تلك المبادئ تكونت المذاهب الفقهية التي اشتهر منها الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل .

ولقد شيد الفقه الإسلامي تراثاً غنياً ، وبناء ضخماً من الفكر المضيء لفهم مبادئ الشريعة وأحكامها وفق النوازل المختلفة ، كما تشكلت منه القواعد الفقهية والأدلة المختلف فيها كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف.

ثالثا : الفقه في القانون المصري :

وفي القانون المصري لم يعد الفقه مصدراً رسمياً ، ولكنه مصدر يستأنس به القاضي في استخلاص القواعد القانونية وتقصي مفهومها، وكثيراً ما يرجع القاضي إليه يستوحي منه حكمه ، كما أن الفقيه بدوره يقوم بالتعليق على أحكام القضاء فيبين للقاضي طريق الصواب، ويتجنب الانزلاق في مواطن الزلل .

كما يقوم الفقه بشرح نصوص القوانين ، وإظهار ما فيها من قصور أو نقص ، وهذا يساعد المشرع في تدارك ما يعرض من قصور عند التشريع أو

تعديله ،ولهذا كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي ينص في الفقرة الثالثة من المادة الأولى التي تتكلم عن مصادر القانون على أنه : " يستلهم القاضي في ذلك الأحكام التي أقرها القضاء والفقه مصرياً كان أو أجنبياً وذلك استناداً إلى أن الفقه يعتبر من العناصر التي يستأنس بها القاضي في استخلاص قواعد القانون ، وتقضي مفهومها دون أن تكون لها قوة الإلزام " ، ولكن هذا النص قد حذف لأن في القواعد العامة ما يغني عن حكمه (١)، لكنه بالرغم من أهميته يعتبر مصدراً تفسيرياً للقانون ، وليس مصدراً رسمياً ولا يلتزم به القاضي أو المشرع .

المطلب الثاني

القضـــــاء

يطلق لفظ القضاء في القانون ، ويراد بها أحد معنيين :

الأول : مجموعة المحاكم في بلد من البلاد ، وهي التي تقوم بتطبيق القواعد العامة المجردة على ما يعرض عليها من منازعات .

والثاني : مجموعة الأحكام الصادرة من جهة قضائية ، إما في جميع المسائل الداخلة في اختصاصها ، أو في مسألة معينة من هذه المسائل ، فيقال مثلاً : القضاء المدني ، أوالقضاء الإداري ، وقد يحدث أن يستقر قضاء المحاكم على اتجاه معين في مسألة من المسائل ، وفي هذه الحالة يثور التساؤل عما إذا كان القضاء مصدراً من مصادر القانون (٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جـ ١ – ص ١٩٢ .

(٢) د. عبـد المنعم البدراوي – ص ٢٤٤ ، د. جميل الشرقاوي – ص ١٦٨ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٥٩ ، د. جمال الدين زكي – فقرة ٧٦ ، د. عبد الرازق فرج – ص ٩٢ .

القضاء في القوانين القديمة :

(١) في القانون الروماني : كان للقضاء دور هام في القانون الروماني حيث كان البريتور Praetor في روما يتولى القضاء إلى جانب وظيفته الإدارية، وكان كل بريتور يبدأ ولايته الوظيفية بإعلان منشور يبين فيه القواعد العامة التي سيسير عليها خلال فترة حكمه فيما يتعلق بسلطاته القضائية ، أو بسلطاته الإدارية والدعاوى التي تتبع ، وبتوالي صدور تلك المنشورات تكون ما يعرف بالمنشور الدائم، الذي كان يسمى فيما بعد : القانون البريتوري ، الذي أصبح مصدراً من مصادر القانون ، يبين وسائل رفع الدعوى للبريتور في المجال القضائي ، والمجال التنفيذي أو الإداري (١).

(٢) في النظام الأنجلوسكسوني :

في النظام الأنجلوسكسوني يعتبر القضاء مصدراً رسمياً من مصادر القانون ، لأن القانون في البلاد التي تطبق هذا النظام ، قائم أساساً على السوابق القضائية ، فالقانون العام الإنجليزي تكون تكويناً قضائياً ، ولمعرفة أحكام هذا القانون يجب الرجوع إلى القضاء واستخلاصه منه ، وما زال التشريع في إنجلترا يعتبر حدثاً استثنائياً لا يلجأ إليه إلا بقصد تكملة أو تعديل القانون العام الذي تكون تكويناً قضائياً بحتاً .

وتقوم هناك مجموعات الأحكام مقام المجموعات القانونية ، وتسمى Law Roports ، ولذلك يلتزم القاضي الإنجليزي عند فصله في دعوى مرفوعة إليه بأن يفتش في السوابق القضائية مع الاستعانة بكتب الفقهاء التي تهديه إليها ، وتعتبر السوابق القضائية ملزمة إذا كان الحكم صادراً من المحكمة العليا (مجلس اللوردات) ، فيلزم حكم كل المحاكم ولا يجوز تعديله إلا بقانون ، وتليه في المنزلة: محكمة الاستئناف وحكمها ملزم لها ولما تحتها

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٤٥ وما بعدها .

من المحاكم ، كما أن أحكام المحاكم الابتدائية تلزم محاكم المقاطعات وتلزم كل المحاكم الابتدائية ، أما أحكام محاكم المقاطعات ، وهي تشبه في النظام اللاتيني المحاكم الجزئية ، فهي غير ملزمة لأنها تستأنف دائما أمام المحاكم الابتدائية ، وطبقاً لهذا النظام ليس على المتقاضي إلا أن يبحث عن سابقة قضائية ملزمة فتحكم له المحكمة من أول جلسة بحقه ، وليس من اللازم أن تكون هذه السابقة قد أصبحت قضاء مستقراً عليه حتى تعتبر حجة ، بل يكفي أن يصدر حكم واحد فيعتبر سابقة قضائية ، وما ذلك إلا لأن رجال القضاء هناك يختارون من صفوة رجال القانون الذين امضوا مدداً طويلة في الاشتغال بالمحاماة ، أو في غيرها من الأعمال القانونية [1].

(٣) في النظام اللاتيني :

يقتصر دور القضاء في البلاد اللاتينية على تطبيق القانون لا خلقه ، فلا يجوز للقضاء أن ينشئ قواعد قانونية ، لأن هذا هو عمل السلطة التشريعية ، وأن دور القضاء لا يعدو أن يكون مصدراً للاستئناس ، ولا تعتبر أحكام المحاكم في البلاد اللاتينية سوابق قضائية، كالنظام الأنجلوسكسوني ، فيجوز للمحاكم التي أصدرت الحكم أن تعدل عن المبدأ الذي جرت عليه ، ولا تتقيد أحكام لمحاكم الأخرى بحكم هذه المحكمة ، لأن القانون يتكون في معظم أجزائه من التشريع ، ولذلك تسمى البلاد الخاضعة لهذا النظام ، ببلاد القانون المكتوب، ووظيفة القضاء فيها هي تطبيق القانون لا صنعه .

ومع ذلك فإن بعض شراح القانون يرون أن القضاء مصدر للقانون على أساس أنه أوجد قواعد مستقرة أصبح لها من الاحترام ما للتشريع ، ولذلك

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٤٦ وما بعدها ، د. جمال الدين زكي – فقرة ٧٦ .

قالوا : إن القضاء يصنع القانون عن طريق خلق عرف قضائي أو قاعدة نظامية [1].

ويقولون : إنه إذا صح القول بأن الأحكام لا تلزم المحكمة التي أصدرتها ، أو أي محكمة أخرى ، إلا أن هذا الإلزام وإن لم يكن قانونياً إلا أنه عملي ، خاصة أحكام محكمة النقض ، لأنها تعلم أن مصير حكمها في النهاية سوف يعرض عليها ، فهذا الإلزام وإن لم يكن قانونياً إلا أنه إلزام أدبي أو علمي ، وذلك من شأنه أن يكفي لجعل القضاء مصدراً من مصادر القانون ، ويمكن الرد على ذلك بأن القانون هو الفيصل ، وهو لا يلزم القاضي بقضائه ولا بقضاء غيره ، ولو كان أعلى مرتبة منه ، ومعنى ذلك أن القضاء لا يمكن اعتباره مصدراً رسمياً للقانون .

حقيقة دور القضاء في نظامنا القانوني :

ليس هناك شك في أن أحكام القضاء غير ملزمة لأي درجة أخرى من درجاته وذلك أصل عام ، ولهذا يصح القول بأنه لا يعتبر عندنا مصدراً رسمياً للقانون .

لكن ليس معنى هذا أن القضاء لا يخلق قواعد قانونية ، لأنه يساهم في تكوين مبادئ القانون الطبيعي والعدالة ، وهي من مصادر القانون الرسمية التي يجب على القاضي أن يرجع إليها ، لكن تبقى القواعد القانونية التي يجتهد فيها القضاء من خلال تلك المبادئ مستندة في قوتها الملزمة إلى تطبيقها بالفعل بواسطة المحاكم نفسها ، دون أن ترقى إلى مرتبة الإلزام التشريعي ، فإذا اضطردت أحكام على مقتضاها ، أمكن القول باستقرارها عملاً لا قانوناً ، ولهذا تستطيع أي جهة قضائية أن تخرج عليها من الناحية النظرية المجردة ،

---

(١) من هؤلاء الفقهاء : الأستاذ لامبير في كتابه : وظيفة القانون المدني المقارن ، والأستاذ مور وليبرو . ورببير ، وهيبرو ، راجع د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٤٨ هامش (١) .

وهذا هو جوهر الخلاف بين النظام اللاتيني والنظام الأنجلوسكسوني ، وأما التوحيد الذي تؤدي إليه محكمة النقض ، إنما هو توحيد من الناحية العملية أو الفعلية ، ولكن المحاكم تحرص على تحري اتجاهاتها خوفاً من تعرض أحكامها – عندما تعرض عليها – للنقض ، وتقتصر وظيفتها على رقابة القاضي في تطبيقه للقانون وتفسيره ، ولذلك يجب التفرقة أمامها بين ما يعتبر من الوقائع وما يعتبر من القانون ، والأخير هو الذي يدخل في اختصاصها .

وفي إطار ذلك التوحيد القضائي صدر قانون المحكمة العليا في أول سبتمبر ١٩٦٩ ، وجعل من اختصاصها تفسير النصوص القانونية التي تستدعى ذلك تطبيقها ، أو أهميتها ، ضماناً لوحدة التطبيق القضائي وذلك بناء على طلب وزير العدل ، ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما (١).

الفصل الثاني

مصادر التشريع الإسلامي

تنقسم مصادر التشريع إجمالاً ، إلى المصادر النقلية الموحي بها، وهي كتاب الله – تعالى – ، وسنة نبيه – صلى الله عليه وسلم – ، وشرع من قبلنا ، وإلى مصادر نقلية من غير الوحي ، وهي الإجماع ، وقول الصحابي ، والعرف ، وإلى مصادر عقلية ، وهي القياس والاستحسان وسد الذرائع ، والمصلحة والاستصحاب (٢)، وسوف نبين هذه المصادر بالتفصيل الذى تقتضيه تلك الدراسة ، على أن نخصص لكل مجموعة من هذه المجموعات الثلاثة مبحثاً .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٥١ وما بعدها .

(٢) هذا التقسيم نقلاً عن : د. محمد سلام مدكور – المدخل للفقه الإسلامي – ص ١٩٣ وما بعدها – الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٩م .

المبحث الأول

المصادر النقلية الموحى بها

المطلب الأول

كتاب الله (القرآن الكريم)

وصف أديب الإسلام الكبير المرحوم مصطفى الرافعى القرآن الكريم ، فقال : هو سر السماء ونور الله في أفق الدنيا حتى تزول ، ومعنى الخلود في دولة الأرض إلى أن تدول [(١)]، وقال الله تعالى في وصف كتابه : " ذلك الكتاب لا ريب فيه هدى للمتقين [(٢)]" ، وقد أوحى الله به إلى نبيه الكريم ، بعد أن أحكم آياته بلسان عربي مبين ، ليبشر به المؤمنين وينذر به قوماً لداً ، وقد سمي هذا الكتاب الكريم بالقرآن، والفرقان[(٣)]،وقد سماه الله بخمسة وخمسين اسما[(٤)].

والقرآن لغة : مصدر قرأ ، وقد غلب في العرف العام على المجموع المخصوص من كلام الله – تعالى – المقروء على ألسنة العباد ، وهو في هذا المعنى أشهر من لفظ الكتاب وأظهر ، لأن لفظ الكتاب استعمل في سائرالكتب الإلهية وغيرها ، والإسم منه قارئ ، وجمعه : قراء ، والقراء : حسن القراءة، وتقرأ ، تفقه [(٥)].

نزل القرآن الكريم على خاتم رسل الله ، وسيد أنبيائه ورسله محمد – صلى الله عليه وسلم – ، فبلغه لقومه وللناس جميعاً ، وتحدى البلغاء والشعراء على أن يأتوا بمثله ، وطال زمن التحدى فلم يجترئوا على ذلك أو

---

(١) الرافعي – إعجاز القرآن – جـ ٢ – ص ١٢ .

(٢) سورة البقرة – من الآية ٢ .

(٣) قال الله تعالى : " وقالوا لولا نزل عليه القرآن جملة واحدة " ، سورة الفرقان – من الآية ٣٢ ، وقال الله تعالى : " تبارك الذى نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيراً " ، أول سورة الفرقان .

(٤) الإتقان في علوم القرآن للسيوطي – جـ١ – ص ١٠١ ، وما بعدها – دار الكتب العلمية .

(٥) التلويح على التوضيح – جـ ١ – ص ١٣٥ ، والقاموس المحيط – جـ ١ – باب الهمزة فصل القاف .

شيىء منه ، قال الله تعالى : " وان كنتم في ريب بما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله وادعوا شهداءكم من دون الله إن كنتم صادقين ، فإن لم تفعلوا ولن تفعلوا ، فاتقوا النار التى وقودها الناس والحجارة أعدت للكافرين (١)" ، وقال تعالى : " قل لئن اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لايأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً (٢)" ، وقال سبحانه : " أم يقولون افتراه ، قل فأتوا بعشر سور مثله مفتريات (٣)" ، ومن ثم تدرج القرآن الكريم في تحدي المشركين لكى يأتوا بمثل القرآن أو عشر سور منه ، أو سورة واحدة ، فلم يستطيعوا له تمثيلاً ولم يستطيعوا له تشبيهاً .

تعريف القرآن الكريم اصطلاحاً :

يعرف القرآن الكريم اصطلاحاً بأنه : اللفظ العربي المنزل على محمد – صلى الله عليه وسلم – المنقول إلينا تواتراً ، المبدوء بسورة الفاتحة والمختوم بسورة الناس ، والمجموع بين دفتى المصحف (٤)، أوحى به للرسول – صلى الله عليه وسلم – باللفظ والمعنى ليحفظه ويبلغه للناس كما أنزل إليه ، قال سبحانه : " يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك ، وإن لم تفعل فما بلغت رسالته (٥)" .

والله – تعالى – قادر على أن يخلق لمن يشاء من عباده علماً ضرورياً بكلامه من غير توسط حرف وصوت ودلالة فكلام الله يختلف عن كلامنا من عدة وجوه منها : أن الله تعالى ليس كمثله شيىء ، قال سبحانه : " ليس كمثله

---

(١) سورة البقرة– الآيتان ٢٣، ٢٤ .

(٢) سورة الإسراء – الآية ٨٨ .

(٣) سورة هود – من الآية ١٣ .

(٤) الغزالي – المستصفى– جـ ١– ص ١٠٢ ، وما بعدها ، التوضيح لصدر الشريعة – جـ ١ – ص ١٣٩.

(٥) سورة المائدة – من الآية ٦٧ .

شيىء وهو السميع البصير [1]" ، وهو قائم بذات الله – تعالى – وصفة قديمة من صفاته ، والكلام اسم مشترك قد يطلق على الألفاظ الدالة على ما في النفس، وقد يطلق على مدلول العبارة ، وهي المعاني التى في النفس ، وكلام النفس ينقسم إلى خبر واستخبار ، وأمر ونهى وتنبيه [2].

والأصوليون يطلقون القرآن على جزء منه ، كما يطلقونه على مجموع مابين دفتى المصحف ، لأنهم يبحثون عنه من حيث إنه دليل على الحكم ، وذلك آية آية لا مجموع القرآن الكريم [3].

ترجمة القرآن : وإذا كان اسم القرآن يشمل النظم والمعنى ، فإن ذلك يظهر أن ترجمة القرآن لا يصدق عليها هذا التعريف ، فلا تعتبر قرآنا ، وإنما هي ترجمة لتفسير له ، سواء في ذلك الترجمة الحرفية وغيرها ، وعلى هذا فإن الترجمة لا يصح الاعتماد عليها في استنباط الأحكام ، وما ذلك إلا لأن فهم المراد من الآيات يحتمل الخطأ لمن يعرف العربية ، كما أن نقل ذلك المفهوم إلى لغة أخرى قد يحتمل الخطأ ، لأن اللفظ قد يؤدى إلى أكثر من معنى واحد ، وإن كان من الواجب أن يتم الاتفاق على تفسير منتخب للقرآن الكريم ، وتتم ترجمته إلى مختلف لغات العالم حتى يتعرف الناس في جميع البقاع ما يقرب إليهم مصدر التشريع [4]، ويساعدهم في الوقوف على ما فيه من مبادئ السلام والتسامح والتواصل مع الآخرين .

نزول القرآن منجماً وحكمته :

وقد نزل القرآن الكريم على النبى – صلى الله عليه وسلم – منجماً ، أي مجزءاً بياناً لحكم أو وجوباً لسؤال أو استفتاء في نحو ثلاث وعشرين سنة بين

---

(1) سورة الشورى – من الآية ١١ .

(2) المستصفى – جـ ١ – ص ١٠٢ وما بعدها ، التوضيح على التنقيح – جـ ١ – ص ١٣٥ وما بعدها .

(3) التوضيح على التنقيح – جـ ١ – ص ١٣٧ ، د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٢٠٠ .

(4) في هذا المعنى : د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٢٠٢ .

مكة والمدينة ، وذلك حتى يتمكن الرسول – صلى الله عليه وسلم – من حفظه ويعيه ، سيما وأنه كان أمياً لا يقرأ ولا يكتب ، قال الله – تعالى – : " وقال الذين كفروا لولا نزل عليه القرآن جملة واحدة ، كذلك لنثبت به فؤادك ورتلناه ترتيلاً (١)" ، ومنها كما قال العلماء : أن يكون ذلك أبعث على القبول وعلى فهمه وتعرف أسراره ومراميه ، كما أن في نزوله مفرقاً رحمة بالناس ، إذ لو نزل عليهم دفعة واحدة لشق عليهم ولثقلت تكاليفه ، خصوصاً وأنه – فوق كونه المصدر الأول لدين يتعبد به – فهو أساس تشريع منظم لأحكام الدنيا ، ولأنه إذا نزل منجماً والرسول – صلى الله عليه وسلم – يتحدى الكفار بكل نجم فيه ويعجزون عن معارضته زادت قوة قلبه .

وأضيف : إن من ضمن حكمة النزول المنجم أن يجيىء ما بين دفتى المصحف وقد اقترن القول فيه بالعمل ، والوحي بالتطبيق ، فتكون نصوصه قد جمعت بين صدق التنزيل ونجاح التطبيق ، حتى إذا اكتمل نزوله وتم جمعه بين الدفتين ، يكون تطبيقه في دنيا الناس حقيقية قارنت نزوله ، ليرسخ ذلك في أذهان الدنيا أنه كتاب عباده وعمل ، وأن قراءته عبادة ، كما أن العمل به عباده ، وهذا ما لم يتح لكتاب تشريع سواه في أي دين قبل الإسلام .

وأول ما نزل من القرآن الكريم قول الله تعالى : " إقرأ باسم ربك الذى خلق ، خلق الإنسان من علق ، إقرأ وربك الأكرم ، الذى علم بالقلم علم ، الإنسان ما لم يعلم (٢)" ، وقد بدأ ذلك النزول على النبى – صلى الله عليه وسلم – في ليلة السابع عشر من رمضان من السنة الحادية والأربعين من ميلاد الرسول – صلى الله عليه وسلم – ، وكان في غار حراء ، وكان نزوله أمراً مفاجئاً له – صلى الله عليه وسلم ، ولذلك ارتجف له، وارتعدت منه فرائصه ،

---

(١) سورة الفرقان – الآية ٣٢ .

(٢) سورة العلق – الآيات من ١ – ٥ .

وفي هذا دليل على أن لم يختلقه وإلا لكان نزوله عليه حدثاً عادياً لا يتهيبه ، وبعد ذلك عاد إلى أهله قائلاً : زملونى ، فزملوه حتى ذهب عنه الروع ، وتوالى نزول الوحي عليه بعد انقطاع دام ثلاث سنوات ، بقوله تعالى : " يا أيها المدثر قم فأنذر وربك فكبر ، وثيابك فطهر ، والرجز فاهجر ، ولاتمنن تستكثر ولربك فاصبر (١)".

وآخر ما نزل من آيات الأحكام قوله تعالى : " أليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً (٢)" ، وأما آخر ما نزل من آياته جميعاً ، فهى على القول الأرجح ، قوله تعالى : " واتقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله ثم توفي كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون(٣) " ، وكان ذلك في يوم التاسع من ذي الحجة من السنة العاشرة للهجرة ، والسنة الثالثة والستين من عمره المبارك – صلى الله عليه وسلم – ، أي أن نزوله قد استمر اثنتين وعشرين سنة، وشهرين واثنين وعشرين يوماً ، بدأ فيها بالتعريف بالكون وتكوين العقيدة وتقويم الخلق ، وكان طابع القرآن المكي القصر والإيجاز ليسهل على السامعين وعي ما نزل منه ، ثم انتقل بعد ذلك إلى الناحية التشريعية في المدينة ، لأن آيات التنظيم والتقنين تحتاج إلى تعقل وتبصر لاستنباط الأحكام منها ، فوق ما يلزم لها من طول لبيان علة الأحكام ومراميها (٤).

ويبلغ مجموع سور القرآن الكريم (١١٤) مائة وأربع عشرة سورة ، ومجموع آياته (٦٣٤٢) ستة آلاف ، وثلثمائة واثنتين وأربعين آية ، منها (٥٠٠) خمسمائة آية فقط تتعلق بالأحكام العملية ، أما باقى الآيات فإنه يتعلق

---

(١) سورة المدثر – الآيات من ١ – ٧ .

(٢) سورة المائدة – من الآية ٣ .

(٣) سورة البقرة – الآية ٢٨١ .

(٤) في هذا المعنى : د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٢٠٤ .

بالعقائد والأخلاق ، وهذا يشير إلى أن التكاليف الشرعية فيه قليلة تعكس ما قدره شارعه الحكيم سبحانه من يسر التكاليف ورفع الحرج عن المسلمين .

دلالة القرآن على الأحكام :

والقرآن الكريم قطعي الثبوت عن الله - عز وجل - ما في ذلك شك ، فيجب العمل به ولا يجوز العدول عنه ، ويحكم بكفر من أنكر أنه كذلك، أما من ناحية دلالته على الأحكام ، فإنها قد تكون قطعية إذا كان اللفظ لا يحتمل إلا معنى واحداً ، كمدلول لفظ (نصف) في قوله تعالى : " ولكم نصف ماترك أزواجكم " ، وكمدلول لفظ (السدس) في قوله تعالى : " ولأبويه لكل واحد منهما السدس " ، وقد تكون دلالة اللفظ ظنية إذا كان يحتمل أكثر من معنى واحد ، ، وذلك مثل لفظ (قرء) في قوله تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " ، فإن كلمة القرء تحتمل معنى الحيض ومعنى الطهر .

وترتيب آيات القرآن الكريم داخل السور أمر توفيقي تم بفعل النبى - صلى الله عليه وسلم - ، عن طريق الوحي ، وقد ذكر أبو بكر الأنبارى : أن الله أنزل القرآن جملة إلى سماء الدنيا ، ثم فرق على النبى - صلى الله عليه وسلم - في عشرين سنة [1]، وكانت السورة تنزل في أمر يحدث ، والآية جواباً لمستخبر يسأل ، ويوقف جبريل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على موضع السورة والآية ، فاتساق السور ، كاتساق الآيات والحروف ، فكله عن محمد خاتم النبيين - عليه السلام - عن رب العالمين ، وقال ابن عباس : " إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يعرض القرآن على جبريل في

---

(١) هي على التحقيق اثنتين وعشرين سنة وشهرين ، واثنين وعشرين يوماً ، وربما جاء التعبير عنها بهذا العدد للتقريب وليس للتحديد .

كل عام مرة ، فلما كان العام الذى قبض فيه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عرضه عليه مرتين [1]" ، وترتيب الآيات مما لا مراء فيه .

ترتيب سور القرآن الكريم توقيفى كآياته :

وإذا كان ترتيب آيات القرآن الكريم عملاً توقيفياً ، وهذا مما لا مراء فيه، فإن ترتيب سور القرآن الكريم تشهد له بأن ذلك الترتيب توقيفى – أيضاً – حيث ترتبط نهاية السور مع بدايات التى تليها ارتباطاً يدل على تواصل المعنى ، تأمل نهاية سورة (الفاتحة) أم الكتاب ، حيث ختمت بقوله تعالى : " إهدنا الصراط المستقيم صراط الذين أنعمت عليهم غير المغضوب عليهم ولا الضالين " ، يليها في أول سورة البقرة : " آلم ، ذلك الكتاب لا ريب فيه هدى للمتقين " ، فقد ورد طلب الهداية في ختام سورة الفاتحة ، فجاءت الإجابة في بداية سورة البقرة ، كأنها تجيب : من يطلب الهداية فعليه بهذا الكتاب الكريم ، فقد وردت الدلالة على هذا المعنى الواحد في ختام سورة ، وبداية التى تليها ، وهو ترتيب يقطع باتصال المعنى ، وأن الترتيب لم يأت صدفة من غير قصد .

وقد أمسكت بالمصحف وأنا أكتب في هذا الموضوع ، وفتحته من غير قصد لموضوع معين فيه ، فجاء فتحه على سورة (المؤمنون) تأملت نهاية سورة الحج التى تسبقها فوجدت فيها قول الله تعالى : " فأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ، واعتصموا بالله هو مولاكم فنعم المولى ونعم النصير " ، ثم تبدأ سورة (المؤمنون) بقوله تعالى : " قد أفلح المؤمنون الذين هم في صلاتهم خاشعون ، والذين هم عن اللغو معرضون والذين هم للزكاة فاعلون " ، فأمر في نهاية سورة بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة ، وبين الأداء الكامل وجزاء ما طلبه في مفتتح السورة التى تليها ، كأنه يقول : أدوا الصلاة بخشوع ، وآتوا الزكاة

---

(١) د. محمد أنيس عباده – تاريخ الفقه الإسلامى – جـ ١ – ص ٧٨ – دار الطباعة المحمدية سنة ١٩٨٠

بفعل يشمل التعبد في كل أحكامها وليس مجرد الإيتاء فقط ، وهو معنى متكامل ورد النص عليه في منتهى سورة ومفتتح التى تليها .

وفتحت المصحف مرة ثانية فرأيت مستهل سورة غافر ، وهو يبدأ بقول الله تعالى : " حم تنزيل الكتاب من الله العزيز العليم ، غافر الذنب وقابل التوب شديد العقاب ذي الطول " ، وتأملت في نهاية سورة الزمر فوجدتها تتحدث عن موقف الكافرين حين يساقون إلى جهنم زمراً ، وموقف المؤمنين حين يساقون إلى الجنة زمراً ، وكأنه يقول لنا : إنه يوم القيامة يغفر ذنب المؤمنين ، ويقبل توبتهم فيدخلون الجنة زمراً ، ويتشدد في عقاب الكافرين مع الطول حتى يكون التهديد بالعقاب مدعاة لرجوعهم وليس مدخلاً لاستكبارهم .

وفي ختام سورة الصف يتحدث القرآن الكريم عن نبى الله عيسى – عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام – وموقف الحواريين منه ، فقال سبحانه : " يا أيها الذين آمنوا كونوا أنصار الله كما قال عيسى بن مريم للحواريين من أنصارى إلى الله ، فقال الحواريون نحن أنصار الله ، فآمنت طائفة من بنى إسرائيل وكفرت طائفة ، فأيدنا الذين آمنوا على عدوهم فأصبحوا ظاهرين " ، والحديث في الآية الكريمة عن موقف الحواريين من عيسى – عليه السلام – وكيف أن بعضهم آمن به ، وبعضهم كفر ، وأن هؤلاء الكافرين نالوا جزاءهم بتأييد الذين آمنوا به عليهم ، ثم يتحدث في مستهل سورة الجمعة عن فضل الله على المسلمين حين بعث فيهم محمداً – صلى الله عليه وسلم – وقد جاءت بعثته تالية لبعثة عيسى ، فجرى الختام والبدء على وفق الترتيب الزمني للرسالتين ، مع إرشاد المؤمنين إلى مميزات ما جاء به محمد من التزكية والتعليم والاستضاءة بهدى الكتاب والسنة بعد أن كانوا في ضلال عنهما ، فهل يشعر القارئ بأدنى انفصام بين الختام والبدء ؟ ، والله لكأن القرآن الكريم يتحدث في موضوع واحد .

بل تأمل ختام سورة (الجمعة) ، والمنافقون ، في ختام الأولى بين الله موقف قوم وضعوا أنفسهم بما فعلوا في مرمى الظنون والتهمة بفعلهم خلاف ما يجب أن يكونوا عليه من التفرغ للصلاة وإخلاص القصد فيها والانصات لما يقوله – صلى الله عليه وسلم – وقد فعلوا ذلك ، لكن ما إن ترامى إلى مسامعهم صوت قدوم قوافل التجارة وما يظن فيها من الربح ومتاع الدنيا ، تغير فعلهم من سمت المسلم الملتزم ، إلى مظهر طالب الدنيا الجشع ، وفي هذا من شوائب النفاق ما لا يستبعد ، فجاء مستهل سورة (المنافقون) على وفق ذلك الختام ، فقال سبحانه : " إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول ، والله يعلم إنك لرسوله ، والله يشهد إن المنافقين لكاذبون " ، فأوجد بين الختام والبدء صلة تدل على اتصال الموضوع وترابطه ، لا لأن الذين تركوا النبى قائماً وانفضوا عنه منافقون بالفعل ، قد يكون ذلك ، فالله أعلم بقلوب عباده ، لكن المتيقن في البدء أنه للتحذير من النفاق ، وهو تحذير له وجهه على ضوء ختام السورة السابقة ، إنها عظمة القرآن الكريم .

وفي ختام سورة (المدثر) يقول الله تعالى : " كلا بلا يخافون الآخرة ، كلا إنها تذكرة ، فمن شاء ذكره ، وما يذكرون إلا أن يشاء الله هو أهل التقوى وأهل المغفرة " ، وفي مستهل سورة (القيامة) التى تلى سورة (المدثر) ، يقول الله تعالى : " لا أقسم بيوم القيامة ولا أقسم بالنفس اللوامة أيحسب الانسان ألن نجمع عظامه ، بلى قادرين على أن نسوى بنانه " ، في ختام السورة الأولى يتحدث عن موقف المعاندين من الآخرة وما فيها من بعث وحساب استبعاداً لوقوعها ، وإنكاراً للبعث فيها حتى قال قائلهم : أيجمع الله هذا العظم بعد ما رم وبلى ، فيجيئ مفتتح السورة التى تليها قاطعاً في الرد عليهم ، وبيان تهافت ظنونهم ، ويقسم بأن أولئك الذين أنكروا البعث وجمع عظامهم فيه ليقوموا بالحساب ، سوف يلقون ماأنذروا به حقيقة واقعة حتى إذا ما برق البصر

وخسف القمر وجمع الشمس والقمر يقول الإنسان يومئذ أين المفر ، وأنهم إذا كانوا يظنون أن الله لن يجمع عظامهم ، فإنه لم يعجزه ما هو أشد منه ، وهو تسوية خلقهم من جديد ، وقد حدث ذلك لهم من قبل ، والذى قدر على الخلق من عدم لن يعجزه إعادة ما خلق ، فموضوع الختام والبدء يدل على أن الحديث متصل والموضوع واحد .

ويبدو هذا المعنى أكثر وضوحاً في ختام سورة (القيامة) ، وبدء سورة (الإنسان) ، في ختام الأولى يتحدث القرآن الكريم عن خلق الإنسان من منى يمنى ، ثم علقة فخلق فسوى فجعل منه الزوجين الذكر والأنثى ، ومن يقدر على ذلك لن يعجزه إحياء الموتى ، وفي مستهل سورة (الإنسان) يتحدث عن خلق الإنسان من نطفة أمشاج حين لم يكن شيئاً مذكوراً ، ثم بين أنه إنما خلقه للتكليف والعبادة ليكون شاكراً فيثاب أوكافراً فيعاقب ، وبين البدء والختام ارتباط وثيق يدل على تعانق سو القرآن الكريم ، وأن بعضها يقبل بعضا ، وذلك كله حاصل في كل سور القرآن الكريم ، بما يقطع أن الترتيب توقيفى في الآيات والسور بدرجة سواء ، وأنه من عمل سيد الأنبياء .

معنى نزول القرآن الكريم على سبعة أحرف :

من المسائل المتصلة بعلوم القرآن الكريم نزوله على سبعة أحرف ، فقد روى الترمذى قال : لقى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – جبريل فقال : إني بعثت إلى أمة أمية فيهم العجوز والشيخ الكبير، والغلام والجارية ، والرجل الذى لا يقرأ كتاباً قط ، فقال يا محمد : إن القرآن أنزل على سبعة أحرف " ، حديث حسن صحيح ، والذى عليه أكثر أهل العلم ، أن المراد بسبعة أحرف المذكورة في الحديث ، سبعة أوجه من المعاني المتقاربة بألفاظ مختلفة ، نحو: أقبل وتعال وهلم ، وقد قال جبريل للنبى – صلى الله عليه وسلم – : إقرأ بها فكل شاف كاف إلا أن تخلط آية رحمة بآية عـذاب ، أو آية عـذاب بآية

رحمة على نحو : هلم وتعال وأقبل وأذهب وأسرع وعجل ، وكما روى مجاهد عن ابن عباس عن أبي بن كعب أنه كان يقرا : للذين آمنوا انظرونا " ، للذين آمنوا امهلونا ، للذين آمنوا أخرونا ، للذين آمنوا ارقبونا ، وعنه أيضاً أنه قرأ: " كلما أضاء لهم مشوا فيه " ، مروا فيه ، سعوا فيه .

وفي البخارى ومسلم قال الزهرى : إنما الأحرف في الأمر الواحد ليس يختلف في حلال وحرام ، وقد بين الطحاوي وجهاً من وجوه الحكمة في ذلك فقال : كانت السعة للناس في الحروف لعجزهم عن أخذ القرآن على غير لغاتهم ، لأنهم كانوا أميين لا يكتب إلا القليل منهم ، فلما كان مما يشق على كل ذى لغة أن يتحول عنها إلى غيرها من اللغات ، فوسع لذلك في اختلاف الألفاظ إذا كانت متفقة المعنى ، فكانوا كذلك حتى كثر فيهم الكتاب واستقامت لغاتهم على لسان النبى – صلى الله عليه وسلم – فلم يسعهم أن يقرءوا بخلافه ، ولهذا قال ابن عبد البر : إن التيسير كان لعلة زال بزوالها ، وعاد القرآن يقرأ بحرف واحد .

وقيل إن السبعة أحرف : لغات العرب كلها يمنها ونزارها ، لأن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لم يجهل شيئاً منها ، فقد أوتى جوامع الكلم ، وليس معناها أن يكون في الحرف الواحد سبعة أوجه ، لكن هذه الأوجه متفرقة في القرآن ، فبعضه بلغة قريش ، وبعضه بلغة هزيل ، وبعضه بلغة هوازن ، وبعض بلغة اليمن ، لكن معظمه كان بلغة قريش ، ولذلك اجتمعوا عليها ، وقيل : إنها أوامر القرآن ونواهيه ووعده ووعيده وقصصه ومجادلاته ، وأمثاله ، وقيل : هي القراءات السبع المأثورة عن النبى – صلى الله عليه وسلم – للتيسير على الناس في قراءة القرآن وعملاً بقوله تعالى : " فاقرءوا ما تيسر منه " ، وذلك هو الأقرب للقبول .

الأحكام التى تتناولها القرآن الكريم :

وقد جاء القرآن الكريم بالقواعد الكلية ، فلم يبين حكم كل جزئية حدثت أو ستحدث ، وبهذا كان صالحاً لكل ومان ومكان ينطبق على ما كان وما يمكن أن يكون ، وهذا من سر إعجازه ، وإنما جاءت الأحكام فيه غالباً مجملة كي تتسع .أحكام الشريعة لجميع حاجات الناس في مختلف العصور والبقاع بأعمال المجتهدين بعقولهم واستنباطهم الأحكام بعد أن نصب لهم الأمارات مع مراعاة أن مبنى آيات الأحكام قائم على رفع المشقة عن الناس ، ومنع الحرج عنهم ، فلم يكلفهم بما يشق عليهم مشقة تضيق بها صدورهم ، بل جعله سهلاً ليناً يسراً كما قال سبحانه : " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر (١)" ، وقال سبحانه : " وما جعل عليكم في الدين من حرج (٢)" .

منهج القرآن الكريم في بيان الأحكام :

للقرآن الكريم في التعبير عن الطلب والتخيير أساليب متنوعة تتناسب مع بلاغته وإعجازه ، ولم يلتزم التعبير بصيغة واحدة لكل مطلوب ، أو إيثار لفظ خاص لكل منهى عنه ، لأن تكرار لفظ خاص لجملة مفروضات أو محرمات يورث النفس مللا وسؤماً ، ويصرف عن التأثر والاعتبار ، ومن يتأمل تعبير القرآن الكريم المتعدد المشوق ، يراه متجدداً وباعثاً على القبول وحب الامتثال، ومن أجل ذلك جاءت العبارات الدالة على الأحكام ممزوجة بالتبشير والتذكرة ، محلاة بالدلالة على رضا الله عن الفعل وحبه للفاعل ، ومصحوبة بقوة التأثر بسخطه على الفاعل مع الوعيد ، وقد ساق نصوصاً تفيد الأحكام مقرونة بالوعظ والوعد ، والرجاء في نيل الثواب الكبير ، كل ذلك بأسلوب عربى أخاذ أعجز أئمة البلاغة وتحداهم أن يأتوا بمثل أقصر سورة منه فلم يستطيعوا ،

---

(١) سورة البقرة – من الآية ١٨٥ .

(٢) سورة الحج – من الآية ٧٨ .

وها هي أساليب القرآن الكريم في الدلالة على طلب الفعل إتياناً وكفاً والدلالة على التخيير .

أولاً : الدلالة على طلب الفعل إتياناً وكفاً :

(أ) طلب إتيان الفعل :

وقد عبر القرآن الكريم عن طلب إتيان الفعل بالأساليب الآتية :

(١) صريح الأمر ، نحو قوله تعالى : " إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى [١]" ، وقوله تعالى : " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل " [٢].

(٢) الإخبار بأن الفعل مكتوب على المخاطبين ، كقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون [٣]" ، وقوله تعالى : " إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً [٤]" ، وقوله تعالى:" كتب عليكم القتال وهو كره لكم [٥]".

(٣) الإخبار بأن الفعل على الناس عامة ، ومنه قوله تعالى : " ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً [٦]" ، أو على طائفة خاصة ، ومنه قوله تعالى : " وعلى الوارث مثل ذلك " [٧].

---

(١) سورة النحل – من الآية ٩٠ .
(٢) سورة النساء – من الآية ٥٨ .
(٣) سورة البقرة – من الآية ١٨٣ .
(٤) سورة النساء – من الآية ١٠٣ .
(٥) سورة البقرة – من الآية ٢١٦ .
(٦) سورة آل عمران – من الآية ٩٧ .
(٧) سورة البقرة – من الآية ٢٣٣ .

(٤) صيغة الطلب كفعل الأمر والمضارع المقرون باللام نحو : " أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة [١]" ، ونحو قوله تعالى : " ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق [٢]" .

(٥) الإخبار عن الفعل بأنه خير أوبر أو موصل إلى البر ، وذلك كقوله تعالى : " يسألونك عن اليتامى ، قل إصلاح لهم خير [٣]" ، وقوله تعالى : " ولكن البر من اتقى [٤]" ، وقوله تعالى : " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون [٥]" .

(٦) وقوع الفعل جزاء للشرط ، ومن ذلك قوله تعالى : " فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى [٦]" وهذا ليس عاماً .

(٧) حمل الفعل المطلوب على المطلوب منه ، وذلك كقوله تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء[٧]" ، ومثل هذا الأسلوب قد يتبع بما يؤكد الطلب، وقد يتبع بما يدل على عدم تحتمه ، ومنه قوله تعالى: " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة [٨]".

(٨) ذكر الفعل مقروناً بالوعد كقوله تعالى : " من ذا الذى يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة [٩]" .

---

(١) سورة البقرة – من الآية ٤٣ .
(٢) سورة الحج – من الآية ٢٩ .
(٣) سورة البقرة – من الآية ٢٢٠ .
(٤) سورة البقرة – من الآية ١٧٧ .
(٥) سوررة آل عمران – من الآية ٩٢ .
(٦) سورة البقرة – من الآية ١٩٦ .
(٧) سورة البقرة – من الآية ٢٢٨ .
(٨) سورة البقرة – من الآية ٢٣٣ .
(٩) سورة البقرة – من الآية ٢٤٥.

(ب) طلب الكف عن الفعل :

وأما طلب الكف عن الفعل وهو ما نهى الشارع عنه وحرمه فقد عبر عنه القرآن الكريم بأساليب مختلفة نذكر منها ما يلى :

(١) صريح التحريم ، وذلك كقوله تعالى : " قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغى بغير الحق وأن تشركوا بالله ما لم ينزل به سلطاناً وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون[١]" .

(٢) صيغة النهي ، وهي الفعل المضارع المسبوق بلا الناهية أو فعل الأمر الدال على الترك فالأول نحو قوله تعالى :" ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هي أحسن [٢]" ، والثاني نحو قوله تعالى : " وذروا ظاهر الإثم وباطنه [٣]" ، وقوله تعالى : " ودع أذاهم [٤]" .

(٣) عدم الحل ، نحو قوله تعالى : " لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرهاً[٥] " ، وقوله تعالى : " ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن [٦]" .

(٤) نفى الفعل ، وذلك كقوله تعالى : " فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج " [٧].

(٥) نفى البر عن الفعل ، نحو قوله تعالى : " ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب [٨]" .

---

(١) سورة الأعراف – الآية ٣٣ .
(٢) سورة الأنعام – من الآية ١٥٢ .
(٣) سورة الأنعام – من الآية ١٢٠ .
(٤) سورة الأحزاب – من الآية ٤٨ .
(٥) سورة النساء – من الآية ١٩ .
(٦) سورة البقرة – من الآية ٢٢٨ .
(٧) سورة البقرة – من الآية ١٩٧.
(٨) سورة البقرة – من الاية ١٧٧ .

(٦) وصف الفعل بأنه شر ، نحو : " ولا تحسبن الذين يبخلون بما آتاهم الله من فضله هو خير لهم ، بل هو شر لهم (١)" .

(٧) ذكر الفعل مقروناً بالوعيد ، أو باستحقاق الإثم ، فالأول نحو قوله تعالى : " فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه (٢)" ، والثاني نحو قوله تعالى : " والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم (٣)".

ثانياً : أسلوب القرآن الكريم في التخيير :

أما أسلوب القرآن الكريم في التخيير بين الفعل والترك ، وهو الذى يترك فيه الأمر للمكلف إن شاء فعل ، وإن شاء ترك الفعل ، مما يعرف عند الفقهاء بالمباح ، فقد تنوع هو الآخر كما يلى :

(١) لفظ الحل مسنداً إلى الفعل أو متعلقاً به ، وذلك نحو قوله تعالى : " أحلت لكم بهيمة الأنعام (٤)" ، وقوله تعالى : " يسألونك ماذا أحل لهم ، قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين (٥)" .

(٢) نفى الإثم ، ومن ذلك قوله تعالى : " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه (٦)" .

(٣) نفي الجناح ، وذلك كقوله تعالى : " إن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما(٧)".

---

(١) سورة آل عمران – من الآية ١٨٠ .

(٢) سورة البقرة – من الآية ١٨١ .

(٣) سورة التوبة – من الآية ٣٤ .

(٤) سورة المائدة – من الآية الأولى .

(٥) سورة المائدة – من الآية ٤ .

(٦) سورة البقرة – من الآية ١٧٣ .

(٧) سورة البقرة – من الآية ١٥٨ .

وقد نظر الفقهاء في هذه الأساليب والصيغ المتعددة السابقة وما قارنها من وعد أو وعيد ، وما جرى عليه عرف العرب في الاستعمال، فاستنبطوا الأحكام الخمسة المصطلح عليها وسموها بأسمائها ، وميزوا كلاً منها عن غيره ، وهي الواجب والمندوب والمباح والمكروه والحرام، لأن الشارع إما أن يطلب الفعل أو ينهي عنه ، أو يأذن فيه ، والمطلوب فعله إن اقترنت صيغته بما يفيد تحتمه ، أو كانت الصيغة نفسها – بحسب الاستعمال العربي – تفيد هذا التحتيم ، فهو الواجب ، وإلا كان مندوباً .

وأما الصيغ التى طلب فيها الكف عن الفعل ، فإنها إذا اقترن بها من الوعيد ما يؤكد المنع أوكانت الصيغة نفسها بحسب الاستعمال العربي تقتضى ذلك ، فهو المحرم ، وإلا فهو المكروه ، وإن لم يطلب بالصيغة فعلاً ولا تركاً فهو المباح [١].

هذا ما نكتفى بتقديمه عن القرآن الكريم ، الكتاب المفتوح والمنهل المورود للإنسانية رغم تباعد العصور وتنائي الأقطار ، واختلاف الأجناس وتفاوت النزعات والمشارب ، وهو بالحق كتاب يهدى إلى الحق ، ويشبع رغبة كل قاصد له [٢].

---

(١) د. محمد أنيس عباده – السابق – ص ١٠٠ ، وما بعدها .

(٢) د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٢٠٧ .

المطلب الثاني
السنة النبوية الشريفة

السنة لغة : هي الطريقة والعادة [1]، وهي على وزن (فُعْلَة) بمعنى مفعولة ، من سن الأبل إذا أحسن رعيها والقيام عليها ، وقيل : من سن الماء إذا والى صبه ، وقيل من سننت النصل إذا حددته وصقلته[2]. وهذه المعاني متحققة في سنته – صلى الله عليه وسلم – ، فما واظب عليه فقد أحسن رعايته ، وأقواله وأفعاله كالشيىء الواحد في الاستقامة كما إذا توالى صبه ، فأصبح كالشيىء الواحد ، والنصل إذا سن فقد تخلص من كل دخيل ، وما أثر عنه – صلى الله عليه وسلم – قد جرده علماء الحديث من كل دخيل فصح الاطلاق ، وتطلق في اصطلاح الفقهاء على ما يقابل الواجب [3]، ، كما تطلق على ما يقابل البدعة ، وعلى ما عمل به الصحابة ، لكونه اتباعاً لسنة ثبتت عندهم، أو اجتهاداً مجمعاً عليه منهم أو من خلفائهم [4].

والسنة في اصطلاح الفقهاء : " ما صدر عن النبى – صلى الله عليه وسلم – غير القرآن من قول ، ويسمى الحديث ، أوفعل أو تقرير[5]"، وهذا الاطلاق للسنة يشمل العبادات النافلة والأدلة أيضاً ، وهو المراد بها في الاصطلاح ، لأن سنة النبى – صلى الله عليه وسلم – جامعة للأمر والنهى والخاص والعام وسائر الأقسام التى وردت في الكتاب الكريم ، فكانت السنة بياناً للكتاب في تلك الأقسام بأحكامها .

---

(١) المعجم الوسيط – جـ ١ – ص ٤٥٦ ، والمصباح المنير – ص ٢٩٢ ، مختار الصحاح – ص ٢٥١.

(٢) المراجع السابقة .

(٣) د. محمد أنيس عباده – المرجع نفسه – ص ١٢٢ وما بعدها .

(٤) الموافقات للشاطبى – جـ ٤ – ص ٣ وما بعدها .

(٥) التلويح على التوضيح – جـ ٢ – ص ٢ ، وإرشاد الفحول للشوكانى – ص ٣٣ .

والسنة وإن كانت فرعاً عن الكتاب الكريم في الحجية ، إلا أنها تفارقه في طريق الوصول إلينا فليس للكتاب سوى طريق واحد ، أما السنة ، فلها طرق متعددة كالتواتر والشهرة والآحاد وزاد بعض الأصوليين في تعريف السنة قيداً هو أن لا يكون ما صدر عن النبى – صلى الله عليه وسلم – من الأمور الجبلية التى تقتضيها العادة والطبيعة البشرية ، ليكون التعريف خاصاً بها كمصدر للتشريع ، وذلك كطريقة أكله ونومه ومشيه .

وزاد بعضهم : أن لا يكون ما صدر عنه خاصاً به ، فإنه دليل للتشريع في حقه فقط ، وذلك كتزوجه بأكثر من أربع ، ووجوب التهجد بالليل في حقه ، أو أن يكون قد صدر عنه بمقتضى خبرته وتجاربه الدنيوية ، من تجارة أو زراعة أو وصف دواء أو تدبير حربى ونحوه من الأمور التى تقوم على البحث والتجربة باعتبار أن تلك الأمور مبناها على التماس الأسباب ، وهي ما يستوى فيها المؤمن وغيره ، ومن ثم فلا تعد من سنن الاقتداء ، ولذلك فإنه قد ورد أنه قال : ما كان من أمر دينكم فإلى وما كان من أمر دنياكم فأنتم أعلم به ، وذلك فيما روى عن عائشة – رضى الله عنها – أن النبى – صلى الله عليه وسلم – سمع أصواتاً فقال : ما هذا الصوت ؟ ، قالوا : النخل يؤبرونها ، فقال: لو لم يفعلوا لصلح ، فلم يؤبروا عامئذ فصار شيصاً ، فذكروا ذلك للنبى – صلى الله عليه وسلم – فقال : " إن كان شيئاً من أمر دنياكم فشأنكم به ، وإن كان من أمور دينكم فإلى [1]" ، وفي رواية أنه قال : ما أخبرتكم به في أمور الدنيا إنما هو ظن إن كان يغنى شيئاً فاصنعوه فإنما أنا بشر مثلكم ، وإن الظن يخطىء ويصيب ، ولكن ما قلتُ لكم:قال الله ، فلن أكذب على الله [2]" .

---

(١) سنن ابن ماجه – المختصر للدكتور مصطفى البغا – ص ٣١٤ – دار العلوم الانسانية بدمشق .
(٢) المرجع نفسه .

أقسام السنة من حيث ذاتها :

وتنقسم السنة من حيث ذاتها إلى سنة قولية ، وسنة فعلية ، وسنة تقريرية كما يلى :

(١) السنة القولية :

هي أحاديثه – صلى الله عليه وسلم – ، التى قالها في مختلف الأغراض والمناسبات فيترتب على ذلك حكم شرعى ، وذلك كقوله – صلى الله عليه وسلم– : " لا ضرر ولا ضرار [١]" ، وقوله في البحر : " هو الطهور ماؤه الحل ميتته [٢]" ، وقوله : " إنما الأعمال بالنيات [٣]"، وقوله: " لا وصية لوارث[٤]" .

(٢) والسنة الفعلية :

هي أفعاله – صلى الله عليه وسلم – التى نقلها إلينا الصحابة – رضوان الله عليهم – في شئون العبادة وغيرها مما يترتب عليه حكم شرعى ، وذلك مثل أدائه – صلى الله عليه وسلم – للصلوات الخمس بهيئاتها وأركانها ، وأدائه لمناسك الحج والعمرة ، وقضائه بالشاهد واليمين وكثير غير هذا .

لكن الأداء بالفعل لم يمنع ورود النقول القولية أيضاً فيما فعله – صلى الله عليه وسلم – ، ومن ذلك قوله : " صلوا كما رأيتمونى أصلى[٥]" ، وقوله : " خذوا عنى مناسككم [٦]" ، فالأداء بالفعل لم يمنع ورود القول فيه .

---

(١) سبل السلام – جـ ٣ – ص ٨٤ .

(٢) رواه أصحاب السنن بسند صحيح – التاج الجامع للأصول – جـ ١ – ص ٧ .

(٣) رواه الخمسة ، راجع : التاج الجامع للأصول – جـ ١ – ص ٤١ .

(٤) أخرجه الترمذى – جـ ٢ – ص ١٤١ .

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الأذان – جـ ١ – ص ١٠٧ .

(٦) أخرجه الإمام أحمد – جـ ٣ – ص ٣١٨ .

(٣) السنة التقريرية :

هي كل أمر أقره النبى – صلى الله عليه وسلم – مع علمه به ، سواء كان قولاً أو فعلاً صدر أمامه ، فسكت ولم ينكره أو حصل بموافقته أو أظهر استحسانه وتأييده ورضاه عنه على نحو يفيد أنه مشروع ، ومن ذلك :

(أ) إقراره لاجتهاد الصحابة في أمر صلاة العصر في غزوة بنى قريظة حين قال لهم : " لا يصلين أحد منكم العصر إلا في بنى قريظة"، ففهم بعضهم هذا النهي على حقيقته ، فأخر صلاة العصر إلى ما بعد المغرب حيث أدركوا بنى قريظة ، وفهم بعضهم أن المقصود من هذا النهى هو حث الصحابة على الاسراع فصلاها في وقتها ولم يؤخر الصلاة ، وبلغه – صلى الله عليه وسلم – ما فعل الفريقان فأقرهما ولم ينكر عليهما [١] .

ومن ذلك ما روي من طعن المنافقين في نسب أسامة بن زيد بسبب اختلاف اللون لشدة سواده ، وشده بياض أبيه زيد ، فنظر إليهما القائف وقد غطيا بقطيفة ولم يظهر منهما سوى أقدامهما ، وقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض ، فظهر السرور على وجه النبى – صلى الله عليه وسلم – بهذا القول ، وكان ذلك تقريراً منه يدل على جواز ثبوت النسب بالقيافة [٢].

ومن ذلك إقراره لمعاذ بن جبل على ماقاله من أنه يجتهد برأيه إذا لم يجد في كتاب الله أو سنة رسوله ، وإقراره لزيارة القبور حين وجد امرأة تبكى عند قبر فقال لها : اتقى الله واصبرى ، فقالت : إليك عنى فإنك لم تصب بمصيبتى ، فقال لها : إنما الصبر عند الصدمة الأولى ، حيث لم ينكر عليها زيارة القبر ، فكان ذلك إقراراً منه بجواز ذلك [٣].

---

(١) فتح الباري – جـ ٨ – ص ٤١٨ .

(٢) راجع : جمع الجوامع مع شرح المحلى ، وحاشية البنانى عليه – جـ ٢ – ص ٩٩

(٣) في هذا المعنى : د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٢٠٨.

حجية السنة النبوية :

وقد ثبتت حجية السنة ، وأنها مصدر للأحكام الشرعية بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

(١) أما الكتاب الكريم :

فقد وردت آيات كثيرة تدل على حجية السنة منها قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم في شيىء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن تأويلاً [١]" ، وقوله تعالى : " فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم [٢]" ، وقوله تعالى : " من يطع الرسول فقد أطاع الله[٣]" ، وقوله تعالى : " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً [٤]" ، وقوله تعالى : " وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا [٥]" ، فقد دلت هذه الآيات على وجوب طاعة الرسول – صلى الله عليه وسلم – واتباع سنته وتحكيمه فيما يشجر بينهم من نزاع ، وحذرت من مخالفة أمره بالفتنة أو العذاب الأليم ، وليس ثمة معنى لهذا الطلب الواضح ، والتحذيرالبين سوى العمل بالسنة .

يدل على ذلك قول تعالى : " إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله وإذا كانوا معه على أمــر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنوه [٦]" ، قال ابن القيم : فإذا

(١) سورة النساء – الآية ٥٩ .

(٢) سورة النور – من الآية ٦٣ .

(٣) سورة النساء – من الآية ٨٠ .

(٤) سورة النساء – الآية ٦٥ .

(٥) سورة الحشر – من الآية ٧ .

(٦) سورة النور – من الآية ٦٢ .

جعل من لوازم الإيمان أنهم لايذهبون مذهباً إذا كانوا معه إلا باستئذانه ، فأولى أن يكون من لوازمه ألا يذهبوا إلى قول أو مذهب علمى إلا بعد استئذانه ، وإذنه يعرف بدلالة ما جاء به على أنه أذن فيه [١].

(٢) ومن السنة الشريفة :

دلت أحاديث كثيرة على حجية السنة ، منها : ما روى عن ابن عباس ، أنه – صلى الله عليه وسلم – قال : " فإنى قد تركت فيكم ما أن تمسكتم به فلن تضلوا أبداً ، كتاب الله وسنة نبيه [٢]" ، وبما أورده البيهقى بسنده عن أبي هريرة – رضى الله عنه – قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : " إني قد خلفت فيكم شيئين لن تضلوا بعدهما أبداً ، كتاب الله وسنتى [٣]" ، وعن عروة أنه – صلى الله عليه وسلم – قال في حجة الوداع : " إنى قد تركت فيكم ما إن اعتصمتم به فلن تضلوا أبداً ، أمرين اثنين : كتاب الله ، وسنة نبيكم ، أيها الناس:اسمعوا ما أقول لكم لكى تعيشوا به [٤]" .

ففي هذه الأحاديث إخبار منه – صلى الله عليه وسلم – بأن التمسك بالسنة كالتمسك بالكتاب سواء بسواء ولا فرق ، وإذا كانت حجية الكتاب ثابتة بلا أدنى شك ، تكون حجية السنة كذلك وهذا يقتضى أنها حق ، وأنها دليل صحيح على الأحكام .

يدل على ذلك قوله – صلى الله عليه وسلم – : " ألا إني أوتيت الكتاب ومثله معه ، إلا إني أوتيت القرآن ومثله ، ألا يوشك رجل شبعان على أريكته يقول : عليكم بهذا القرآن ، فما وجدتم فيه من حلال فأحلوه ، وما وجدتم فيه

---

(١) مشار إليه في : د. محمد أنيس عباده – السابق – ص ١١٩ .

(٢) موطأ الإمام مالك – كتاب القدر – ص ٦٥٠ ، ومسند الإمام أحمد – جـ ٤ – ص ١٢٦ .

(٣) مفتاح الجنة في الاحتجاج بالسنة – ص ١٢ ، مشار إليه في : بحوث في السنة المطهرة للدكتور محمد محمود فرغلى – جـ ١ – ص ١٢٤ – حاشية (١) .

(٤) المرجع نفسه .

من حرام فحرموه ، ألا لايحل لكم الحمار الأهلى ، ولا كل ذى ناب من السباع"، وفي رواية عن المقدام بن معد يكرب قال : " إن ما حرم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – مثل ما حرم الله [1]" ، وهذا يدل على أن ما جاء في السنة من التحريم كالذى جاء في القرآن ، فتكون لها نفس حجيته [2].

وقال – صلى الله عليه وسلم – : " من أطاعنى فقد أطاع الله ، ومن عصانى فقد عصى الله [3]" ، فإن قيل كيف يستدل على حجية السنة بالسنة ؟ ، يجاب عن ذلك بأنه قد ثبتت رسالة سيدنا محمد – صلى الله عليه وسلم – بالأدلة القطعية ، وعلى ذلك يجب العمل بكل ما جاء به ، ولا حاجة للاستدلال بالسنة على حجيتها ، ولكن ذلك من باب التأكيد لما ورد في القرآن الكريم ، ولما هو مقتضى الرسالة [4].

(٣) وأما الإجماع :

فقد ثبتت حجية السنة بإجماع الصحابة ومن بعدهم على اعتبار تلك الحجية ، واستدلوا بها على ثبوت الأحكام الشرعية ، وقد أثر ذلك عنهم قولاً وفعلاً ، ولم يخالف في ذلك أحد ممن يعتبر قوله والآثار كثيرة عنهم في ذلك وهي تدل على استدلالهم بها ، وإقناع بعضهم لبعض بالحديث ، ولم يكن منهم في هذا سوى الاستيثاق من صحة الحديث ، وأن الرسول قاله أو فعله ، وبانعقاد الاجماع على ذلك يكون ترك السنة وإنكار حجيتها رأى قوم لأخلاق لهم ، وقد تحدثت النبوة بماكشف لها من الغيب عن ذلك ، فنعى – صلى الله عليه وسلم – على أولئك الذين سينكرون السنة الصحيحة ويقولون : نقتصر على ما في القرآن الكريم وذلك فيما روى عنه : " يوشك أحدكم أن يقول : هذا

(١) الرسالة للشافعي – ص ٤٠٢ وما بعدها .

(٢) مفتاح الجنة – السابق – ص ١١ .

(٣) أخرجه البخارى من رواية أبي هريرة – جـ ٩ – ص ٧٦ .

(٤) د. محمد محمود فرغلي – السابق – ص ١٢٩ .

كتاب الله ما كان فيه من حلال أحللناه ، وما كان فيه من حرام حرمناه ، ألا من بلغه عنى حديث فكذب به ، فقد كذب الله ورسوله والذى حدث به [1]" .

أقسام السنة بحسب روايتها :

تنقسم السنة بحسب روايتها ، إلى سنة متواتره ، وسنة آحاد ، وزاد علماء الحنفية نوعاً متوسطاً بينهما هو السنة المشهورة :

(١) السنة المتواترة :

هي التى نقلت عن النبى – صلى الله عليه وسلم – نقلاً متواتراً، أي نقلها جمع من الصحابة يستحيل أن يتفقوا على الكذب ، ثم نقلها عن هذا الجمع مثله ، وهكذا حتى وصلت إلينا ، وهي تفيد اليقين ، والحديث المنقول بالتواتر حجة فيما ورد فيه ، والأخذ به محل اتفاق الفقهاء ، وأكثر هذا النوع في السنن الفعلية لاطلاع جمهور المسلمين على أفعاله المتكررة كالوضوء والصلاة والحج ، وتناولهم لها جيلاً بعد جيل ، وأما السنة القولية فإن المتواتر منها قليل جداً على الراجح ، ومنها قوله – صلى الله عليه وسلم – : " من كذب على متعمداً فليتبوأ مقعده من النار " ، حيث رواه أكثر من مائة شخص منهم العشرة المبشرون بالجنة ، وفي شرح مسلم للنووى رواه نحو مائتين [2]، ومن ذلك حديث : " ويل للأعقاب من النار " ، رواه اثنا عشر صحابياً مقطوعاً بعدالتهم ، أكثرهم من أصحاب بيعة الرضوان ، وحديث : " نحن معاشر الأنبياء لانورث ماتركناه صدقة " ، وحديث أنزل القرآن على سبعة أحرف " ، وقال ابن الجوزى:تتبعت الأحاديث المتواترة فبلغت جملة منها : حديث الشفاعة ، وحديث الحساب ، والنظر إلى الله في الآخرة ، وحديث غسل الرجلين في الوضوء ، وحديث عذاب القبر ، وحديث المسح على الخفين ، وقال شارح مسلم الثبوت :

---

(١) راجع : مفتاح الجنة في الاحتجاج بالسنة – السابق .

(٢) راجع : تدريب الراوي – جـ ٢ – ص ١٧٧ .

ولم يرد في الحديث المتواتر حصر ، فإن أعدادالركعات ، وذهاب الرسول – صلى الله عليه وسلم – إلى بدر ، وأحد ، وسائر الغزوات والأذان والإقامة ، والجماعة ، وفضائل الخلفاء الراشدين ، وفضل أصحاب بدر بعمومه متواتر من غير ريبه [1].

(٢) السنة المشهورة :

والحديث المشهور ؛ هو الذى رواه عن الرسول – صلى الله عليه وسلم – عددمن الصحابة لا يبلغ حد التواتر واحداً كان أم أكثر ، بحيث لا يمتنع عادة تواطؤ أفراد هذا الجمع على الكذب ، ثم يرويه بعد ذلك جمع من جموع التواتر في العصر الثاني حتى عصر التدوين ، مثل ما رواه عمر بن الخطاب ثم نقله عنه جمع متواتر : " إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى [2]"، فالسنة المشهورة لا يتوافر فيها التواتر في الطبقة الأولى .

والحديث المشهور مصدر تشريعى ، وهو إن لم يفد اليقين ، فإنه يفيد طمأنينة قوية ، ولذلك فإنهم أجازوا أن يقيدوا به مطلق الكتاب ، مثل قوله تعالى : " من بعد وصية " ، فقد جاءت الوصية مطلقة غير مقيدة بمقدار معين، ولكن الفقهاء قدروها بما قيدتها به السنة ، وهو الثلث ، وذلك في حديث : " الثلث والثلث كثير " ، كما أن الوصية جاءت عامة تشمل الوصية للوارث وغيره ، فخصصت السنة استحقاقها لغير الوارث بحديث : " لا وصية لوارث[3]".

---

(١) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت – جـ ٢ – ص ١٢٠ ، صحيح مسلم – بيان أن القرآن على سبعة أحرف – جـ ١ – ص ٣٢٥ .

(٢) رواه الخمسة ، راجع : التاج الجامع للأصول – جـ ١ – ص ٤١ وما بعدها .

(٣) د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٢١١ .

(٣) سنة الآحاد :

هي التى لم يبلغ الحديث فيها حد التواتر أو الشهرة ، سواء رواه عن الرسول واحد أو أكثر من واحد بحيث لا يبلغ حد التواتر ، وكذا يروى في العصر الثاني ، فيرويه عن الصحابي واحد أو أكثر بما لا يصل إلى حد التواتر، وهكذا في العصر الثالث ، عصـــر تابعى التابعين ، ومعظـــم السنة من هذا القبيل .

وهذا النوع لا يفيد اليقين ولا العلم ، وإنما يفيد الظن ، ولهذا تفاوت الفقهاء في الأخذ به ، ووضعوا لذلك شروطاً ، منها تلك التى اشترطها الحنفية للأخذ به ، وهي : ألا يخالف روايه العمل به ، وأن يكون الحديث في غير ما تعم به البلوى ويتكرر وقوعه ، لأن مثله يكون مشهوراً متعارفاً ، وأن يكون موافقاً للقياس والأصول الشرعية ، وإلا فإنهـــم يردونه قياساً على الشهادة ، التى لا تقبل أحادية في الأصل ، أي شهادة واحد مفرداً .

واشترط الإمام مالك ، أن يكون موافقاً لعمل أهل المدينة ، واشترط الشافعي أن يكون السند صحيحاً ، والحديث متصلاً ، والمحدث ثقة معروفاً بالصدق عاقلاً لما يحدث به كما سمعه بلفظه ، فلم يأخذ بالحديث المرسل الذى سقط من سنده الصحابي ، إلا إذا كان راويه هو سعيد بن المسيب لشدة تثبته من الأحاديث المرسلة ، والتأكد من أنها متصلة السند [١]، ولم يشترط الإمام أحمد ، ولا الظاهرية في خبر الآحاد شيئاً من ذلك[٢].

---

(١) الرسالة للشافعي – ص ٩٨ ، والمرسل هو الذى أخبر فيه التابعى عن النبى صلى الله عليه وسلم .

(٢) الرسالة – لسابق ، الإحكام للآمدي – جـ ١ – ص ١٦١ ، والإحكام لابن حزم – جـ ١ – ص ١٠٨ .

صلة السنة بالقرآن الكريم :

حدد الله تعالى طبيعة الصلة بين السنة والقرآن الكريم في قوله تعالى : " وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم [١]" ، وعلى ضوء هذا القول الكريم يتبين أن أصل مهمة السنة أن تكون مبينة لأحكام الكتاب ، وقد تكون مؤكدة لها ، ويندر أن تأتى السنة بأحكام غير منصوص عليها إجمالاً في القرآن الكريم .

(١) بيان السنة لأحكام القرآن :

وقد جاء بيان السنة لأحكام القرآن الكريم على وجوه أربعة هي : إيضاح المشكل وبيان المجمل ، وتخصيص العام وتقييد المطلق ، ومما يجب أن يشار إليه أن السنة إذا أثبتت حكماً ثبت بالقرآن الكريم ، فإنها تكون مؤكدة له ، مثل حرمة أكل أموال الناس بالباطل الثابتة بقوله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل [٢]" ، أكدها حديث النبى – صلى الله عليه وسلم – : " لا يحل مال أمرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه " [٣].

(أ) وأما إيضاح المشكل :

فمنه بيان قول الله تعالى :" وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود [٤]" ، فقد أشكل فهمه على البعض ، حتى أخذ اللفظ على ظاهره ، وظن أن المراد حقيقة الخيط الأبيض والأسود ، كما روى عن عدى بن حاتم ، لما نزلت (حتى يتبين لكم) : أخذت عقالاً أبيض وعقالاً أسود ، فوضعتهما تحت وسادتى ، فنظرته فلم أتبين ، فـذكرت ذلك للنبى – صلى الله

(١) سورة النحل – من الآية ٤٤ .

(٢) سورة البقرة – من الآية ١٨٨ .

(٣) نيل الأوطار للشوكانى – جـ ٨ – ص ١٧٢ .

(٤) سورة البقرة – من الآية ١٨٧ .

عليه وسلم – ، فضحك وقال: إن وسادك لعريض طويل ، إنما هو الليل والنهار(١)" .

(ب) وأما بيان المجمل :

فمنه بيان قول الله تعالى : " وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة (٢)" ، فقد جاء هذا النص مجملاً في بيان أعداد الصلوات والركعات ، والأوقات في الصلاة ، وهو كذلك في مقدار النصاب والأموال المزكاة ، وقد جاءت السنة ببيان هذا بالفعل ، والقول ، فقال : " صلوا كما رأيتموني أصلي (٣)" .

(ج) وأما تخصيص العام :

فمنه بيان قوله تعالى : " الذين آمنـــوا ولم يلبسوا إيمانـهم بظلم(٤)" ، فقد فهم بعض الصحابة أن المراد العموم في الظلم حتى قالوا : أينا لم يظلم ؟ ، فقال النبى – صلى الله عليه وسلم –:ليس بذاك، وإنما هو الشرك ، كما قال لقمان لابنه : إن الشرك لظلم عظيم(٥)" .

ومنه بيان قول الله تعالى : " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين (٦)" ، فقد جاءت آيات المواريث بأحكام عامة ، ولكن السنة خصصت الوارث بغير القاتل ،فقد قال – صلى الله عليه وسلم– :" ليس للقاتل ميراث(٧)"،

---

(١) أخرجه البخارى ، راجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى – جـ ٢ – ص ٣٢٠ – طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب .

(٢) سورة البقرة – من الآية ٤٣ .

(٣) حديث صحيح ، أخرجه البخاري ، راجع : إرواء الغليل للألباني – جـ ١– ص ٢٩١

(٤) سورة الأنعام – من الآية ٨٢ .

(٥) القرطبى – الجامع لأحكام القرآن – جـ ٧ – ص ٣٠ .

(٦) سورة النساء – من الآية ١١ .

(٧) نصب الراية – جـ – ص ٤٢٨ .

وفي رواية عن ابن عباس : " من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه ، وإن لم يكن له وارث غيره [1]" .

(د) وأما تقييد المطلق :

فمنه بيان قول الله تعالى : " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله ، والله عزيز حكيم [2]" ، فالآية الكريمة ذكرت الأيدى مطلقة غير مقيدة بأي يد ، ولا بموضع القطع ، فبينت السنة أن التى تقطع هي اليد اليمنى ، وأن القطع إلى الرسغ [3].

(٢) بيان السنة لأحكام سكت عنها القرآن :

وقد ثبت أن السنة أتت ببعض الأحكام التى لم يأت بيانها في القرآن اكتفاء بالنص على الأصول التى يمكن إرجاعها إليها ، وذلك مثل تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، وتقرير ميراث الجدة ، والحكم بشاهد ويمين ، وصدقة الفطر ، والوتر ، ورجم الزاني المحصن ، وإيجاب الكفارة على من انتهك حرمة رمضان ، ونهي الرجال عن لبس الحرير واستعمال الذهب .

ولم تنعدم صلة هذه الأحكام بالقرآن الكريم مع السكوت عنها فيه ، لوجود أصلها الكلى بين ما جاء به حين أمر باتباع الرسول فيما أمر به ونهى عنه، وذلك في قوله تعالى : " وما آتاكم الرسول فخذوه ، وما نهاكم عنه فانتهو [4]" ، وعلى هذا النحو تتحدد صلة السنة بالكتاب العزيز ، وببيـــان تلك الصلة نكون قد وصلنا إلى الحد الذى يكفينا ، وفقاً لما تقتضيه الدراسة ، وإن

---

(١) المرجع نفسه .

(٢) سورة المائدة – من الآية ٣٨ .

(٣) د. محمد أنيس عباده – السابق – ص ١٤٤ ، د. يوسف قاسم – مبادئ الفقه الإسلامي – ص ١٩٢ – دار النهضة العربية سنة ١٩٨٣م .

(٤) سورة الحشر – آية ٧ .

كان حبنا للسنة وشوقنا للمزيد من العلم بها يجعلنا لانريد الكف عن الحديث فيها لأنه يثلج الصدر ، ويضفى على النفس مسحة من الطمأنينة والسرور .

المطلب الثالث

شرع من قبلنا

شرع الله قبل شريعة الإسلام شرائع أخرى تناولت أحكاماً جاء ذكر بعضها في القرآن والسنة [1] ، وقال سبحانه : " شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه [2]" ، وقد تناول القرآن بعض الأحكام التى شرعها الله على الأمم السابقة ، منها ما فرضه علينا كما فرضه عليهم ، وذلك بقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون[3]"، ومنها أحكام قصها الله علينا وأخبر أنه فسخها وأبطلها بالنسبة لنا ، حيث أثبت القرآن حكما جديداً ، ومن ذلك قول الله تعالى : " وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا ، أو ما اختلط بعظم ذلك جزيناهم ببغيهم وإنا لصادقون [4]" .

فقد أفادت هذه الآية أن التحريم على اليهود كان جزاء لهم على بغيهم ، وجاء سياقها مبيناً فضل الله على أمة الإسلام ، حيث لم يحرم عليها إلا الخبائث التى حكى عنها في الآية التى تسبقها مباشرة ، وهي الميتة والدم المسفوح ،

---

(١) فواتح الرحموت على المستصفى للغزالى – جـ ٢ – ص ١٨٣ وما بعدها .

(٢) سورة الشورى – من الآية ١٣ .

(٣) سورة البقرة – الآية ١٨٣ .

(٤) سورة الأنعام – الآية رقم ١٤٦ .

ولحم الخنزير ، ففي الآية ما يدل على أن ما كان مشروعاً فيها على من قبلنا مختص بهم وليس مشروعاً في حقنا[1] .

أما الأحكام التى قصها القرآن الكريم عن الأمم السابقة من غير نهى عنها أوأمر باتباعها ، فجمهور الفقهاء على أننا نلتزم بها وتكون شرعاً لنا يلزمنا اتباعه ، وذلك كقول الله تعالى : " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص[2]".

بل إن فقهاء الحنفية استدلوا بالآية الكريمة على جواز قتل المسلم بالذمى ، لأن قول الله تعالى : " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس " ، جاء عاماً ولم يرد في شرعنا ما ينسخ هذا الحكم أو يغير من عمومه [3].

وقد استدل القائلون بحجية هذه الأحكام على ذلك بقوله تعالى : " إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا [4]" ، فهي تصرح بأن التوراة يحكم بها النبيون ، ومحمد – صلى الله عليه وسلم – منهم ، كما روى أن النبى – صلى الله عليه وسلم – رجع إلى التوراة عندما رجم أحد اليهود ، لكن ذلك الاستدلال يمكن رده بأن الآية والحديث يدلان على صحة الحكم بشريعة من قبلنا إذا أحتكموا إلينا ، ولم يكن في شريعتنا حكم لها[5].

وقال بعض الشافعية ورواية عن الإمام أحمد: إن الشرائع السابقة ليست شرعاً لنا ، لأنها مخصوصة بالأمم السابقة ، بخلاف شريعتنا فإنها عامة وناسخة لكل ما تقدمها من الشرائع ، ومن ثم فإنها لا تكون شرعاً لنا إلا إذا

---

(١) في هذا المعنى : د. يوسف قاسم – السابق – ص ٢٠٤ .

(٢) سورة المائدة – من الآية رقم ٤٥ .

(٣) د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٢١٦ .

(٤) سورة المائدة – من الآية ٤٤ .

(٥) د. محمد سلام مدكور – السابق .

وجد في شرعنا ما يدل على العمل بها ، لقول الله تعالى : " فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً[1]" .

وما ذهب إليه القول الأول هو الذى يترجح في نظرنا ما دام الحكم لا يتعارض مع مافيه صلاح الناس ، ولأن تلك الشرائع تتفق مع الإسلام في حفظ مقومات الحياة أو كلياتها الخمس ، والأخذ بها لن يكون إلا في حدود الضوابط التى تنظمها شريعتنا .

المبحث الثاني

المصادر النقلية من غير الوحى

وهذه المصادر هي الإجماع ، وقول الصحابي والعرف ، وسوف نقوم ببيان معناها في المطالب الثلاثة الآتية :

المطلب الأول

الإجمــاع

الإجماع : هو اتفاق المجتهدين من علماء المسلمين على حكم شرعى في واقعة بعد وفاة الرسول – صلى الله عليه وسلم – ، وجمهور الفقهاء يشترطون لتحقيق الإجماع أن يتفق جميع المجتهدين على هذا الحكم ، وهذا لا يتصور إلا في حال وجود الصحابة ، وكان إجماعهم حجة بدون خلاف ، أما الإجماع في العصور التالية لعصرالصحابة فهو الذى وقع الخلاف بشأنه من حيث عدم إمكان تصور وقوعه [2].

---

(١) سورة المائدة – من الآية ٤٨ .

(٢) د. يوسف قاسم – السابق – ص ١٩٣ ، د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٢١٨.

شروط الإجماع :

ويشترط لتحقق الإجماع وانعقاده شروط هي :

(١) أن يجمع المجتهدون في الأمة الإسلامية على رأي في واقعة، ومن ثم لو أجمع غير المجتهدين لا يكون إجماعاً ، وإذا خلا عصر من المجتهدين لا يتحقق الإجماع .

(٢) أن يتفق جميع المجتهدين فلا يخالف الإجماع منهم أحد ، ولهذا منع عمر – رضى الله عنه – خروج الصحابة من المدينة ، وهناك من يرى أن الإجماع يتحقق باتفاق أكثر المجتهدين حتى لو خالف الأقل منهم .

(٣) أن يكون ما أجمعوا عليه حكماً شرعياً قابلاً للاجتهاد ، مثل ما يتعلق بالحل والحرمة والصحة والبطلان ، أما إذا كان حكماً غير دينى كأمور الحرب ، أو حكما دينياً غير اجتهادي كأحوال الآخرة مما يعرف بالنقل ، أو كان حكماً دينياً اجتهادياً ثبت بدليل قطعى الدلالة والثبوت ، فإن هذا لا يكون محلاً للاجتهاد .

(٤) أن يكون الإجماع بعد وفاة النبى – صلى الله عليه وسلم – لأنه إذا وقع في حياته ووافقهم عليه ، فإن ذلك يكون سنة تقريرية ، وإن خالفهم سقط ما أجمعوا عليه .

إمكان الإجماع في عصرنا :

اتفق جمهور الفقهاء على أن انعقاد الإجماع ممكن وتحقق فعلاً من الصحابة فأجمعوا على أحكام مثل : إجماعهم على إعطاء الجدات السدس، وإجماعهم على بطلان تزوج المسلمة من غير المسلم ، وصحة عقد الزواج دون تسمية صداق ، وعلى منع بيع الطعام قبل قبضه ، وإجماعهم على خلافة أبي بكر ، وعلى قتال ما نعى الزكاة ، وجمع القرآن في مصحف واحد .

أما في عصرنا الحاضر ، فقد ذهب البعض إلى أن تحقق الإجماع غير ممكن لتعذره ، ولأنه إذا كان ممكن الوقوع في عصر الصحابة ، فما ذلك إلا

لقلة عددهم دون العصور الأخرى ، والواقع أن تحقق الإجماع في عصرنا أصبح متيسراً غاية اليسر ، لسرعة الاتصال وسهولة الإعلان عن الرأى ، فبعد هذا التقدم الكبير في وسائل الاتصال لم يعد هناك ما يحول دون اجتماع علماء المسلمين في سائر أنحاء الأرض ، ومن لم يحضر منهم يستطيع الإطلاع على الحكم الشرعي الذى قرره (١).

* حجية الإجماع :

الإجماع مصدر شرعي يجب العمل به ، فإذا أجمع المجتهدون من الأمة على حكم شرعي تعين على جميع المسلمين الأخذ بهذا الحكم، ولا يجوز لعلماء القرون التالية نقض هذا الإجماع ، وهو مصدر نقلى ، لكنه منقول عن غير الوحي ، وذلك بالحكاية والنقل من كتب العلم ، مع بيان سند النقل ، لكن يراعى أن الحكم المجمع عليه المبنى على المصلحة يتغير تبعاً لتغيرها ، ولذلك فإن سعيد بن المسيب وغيره أفتوا بجواز تسعير السلع محافظة على أموال الناس ومصالحهم ، رغم إجماع الصحابة من قبل على ترك التسعير (٢).

أدلة الإجماع :

وقد قامت الأدلة على حجية الإجماع من الكتاب والسنة :

(أ) أما الكتاب :

فبقوله تعالى : " ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً(٣) " ، وقوله تعالى :" يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم(٤)" .

---

(١) د. يوسف قاسم – السابق – ص ١٩٣ .

(٢) التوضيح شرح متن التنقيح – جـ ٢ – ص ٣٢٩ .

(٣) سورة النساء – الآية ١١٥ .

(٤) سورة النساء – من الآية رقم ٥٩ .

فقد دلت الآية الأولى على وجوب اتباع سبيل المؤمنين فيما يجمعون عليه ، ومنه الإجماع على حكم شرعى ، وحذرت من مخالفة هذا الإجماع بالوعيد عليه ، ووصف فاعله بأنه ممن يشاقون الرسول – صلى الله عليه وسلم – وقد توعد الله باتباع غير سبيل المؤمنين فكان ذلك أمراً واجباً باتباع سبيلهم ، وأما الآية الثانية ، فقد أوجبت طاعة الله ورسوله وأولى الأمر وهم أهل الحل والعقد في الأمة ، أو هم العلماء المجتهدون كما ذهب بعض المحققين من العلماء ، فإذا أجمعوا على أمر وجب اتباعهم فيه ، وذلك هو معنى طاعتهم.

(ب) ومن السنة :

ما روى أنه – صلى الله عليه وسلم – قال :" لا تجتمع أمتى على ضلالة"، وفي رواية : " لا تجتمع أمتى على خطأ " [1]" ، وقوله عليه السلام : " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن [2]" ، وهذه الأحاديث وإن لم تكن متواترة في مفرداتها ، إلا أنها كلها متواترة في معنى واحد ، والمتواتر المعنوى كالمتواتر اللفظى[3]، وقد جاء تواترها دالاً على أن اجتماع المسلمين خير ، وما يرونه حسناً هو كذلك ، فعلى كل مسلم أن يجتمع معهم على هذا الخير ، وأن يقصد معهم مايقصدونه من حسن ، وفي هذا دلالة على مشروعية الإجماع ، وذلك القدر من الحديث عن الإجماع كاف – في نظرنا – لتغطية هذه الدراسة ، ولهذا فإننا سنكتفى به .

---

(1) مسند الإمام أحمد – جـ ٦ – ص ٣٩٦ ، والترمذى – جـ ٤ – ص ٤٦٦ ، رقم ٢١٦٧ ، وابن ماجه – جـ ٢ – ص ١٣٠٣ ، رقم ٣٩٥٠ .

(2) مسند الإمام أحمد – جـ ١ – ص ٣٧٩ ، والمقاصد الحسنة للسخاوي – ص ٣٦٧ – رقم ٩٥٩ .

(3) د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٢٢٢.

المطلب الثاني
قول الصحابي

الصحابي الذى يرد البحث عن حجية قوله : هو الذى آمن برسول الله قبل صلح الحديبية وغزا مع المسلمين غزوة أو أكثر واشتهر بالفقه والفتوى ، وتوافرت لدية الملكة الفقهية ، ومن العلماء من يرى أنه من لقى النبى – صلى الله عليه وسلم – مؤمناً وطالت صحبته له حتى أصبح يطلق عليه اسم الصاحب في عرف الناس .

وقول الصحابي : كنا نفعل كذا ، ونقول كذا في زمن النبى – صلى الله عليه وسلم – ، أو وهو بيننا أو فينا ، يعتبر في حقيقة الأمر سنة رواها الصحابي ، ومع ذلك فهو ليس ملزماً لصحابي آخر ، ولهذا لم يقبل شريح القاضى شهادة الحسن بن على لأبيه مع مولاه قنبر في نزاع الإمام على مع يهودى على ملكية درع ، وكان الإمام على يجيز شهادة الابن لأبيه [1]، ومع هذا فقد خضع لرأى شريح القاضى ، وسلم الدرع لليهودى ، فمضى اليهودى يقول : أميرالمؤمنين يمشى معى للقاضى ويقضى عليه فيرضى بحكمه ؟ ، صدق والله ، إنها درعه فسلمها إليه وأعلن إسلامه .

وقول الصحابة الذى لم يعرف له مخالف منهم يكون إجماعاً يحتج به ، لأن سكوتهم يعتبر إجماعاً سكوتياً ولأن قوله في هذه الحالة محمول على السماع من النبى – صلى الله عليه وسلم – ، ولأن عدم مخالفتهم له مع قوة وازعهم الدينى وعدم خشيتهم في الله شيئاً ، يدل على أن ما قاله هذا الصحابي جاء بمقتضى الشرع .

---

(١) الموافقات للشاطبى – جـ ٤ – ص ٤٠ .

أما إذا اختلفت أقوالهم ، فإن المجتهد يحق له أن يرجح بين هذه الأقوال بحسب مايراه قريباً من الكتاب والسنة .

وإذا كان قول الصحابي بمفرده ، وهو قول غير مشهور فقد وقع الخلاف بشأنه ، واختار الآمدى أنه ليس بحجة [١]، وإن كان قوله في أمر لا يدرك بالعقل ولا مجال فيه للرأى فإنه يكون حجة من غير خلاف، لأنه لابد أن يكون قد سمعه من النبى – صلى الله عليه وسلم – ومنه تحديد عبد الله بن مسعود لأقل مدة الحيض بثلاثة أيام .

المطلب الثالث

العـــرف

تطلق كلمة العرف ، ويراد بها في اللغة عدة معان : منها السكينة والطمأنينة ، ومنها تتابع الشيىء متصلاً بعضه ببعض ، ومنه المعروف والمعرفة والعرفان ، كما يطلق على الصبر والجود ، وكل ما تعرفه النفس من الخير ، ولهذا قال الله تعالى : " وصاحبهما في الدنيا معروفاً [٢]" .

وفي اصطلاح الفقهاء ، يراد به : " ما استقر في النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول [٣]" ، أو هو " ما يعرف بين الناس [٤]" أو هو " كل ما عرفته

(١) الإحكام – جـ ٤ – ص ٢٠١ .

(٢) سورة لقمان – من الآية ١٥ ، وراجـع : لسان العرب – جـ ١١ – ص ١٤١ ، والقاموس المحيط – جـ ٤ – ص ١٧٣ وما بعدها .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم – ص ٤٦ .

(٤) التعريفات للجرجاني – ص ٩٩ .

النفوس مما لا ترده الشريعة [1]" ، أو " ما عرف العقلاء أنه حسن ، وأقرهم الشارع عليه [2].

ويبدو من خلال تلك التعريفات أن هناك صلة بين المعنى اللغوى والمعنى الاصطلاحى ، خاصة ما ورد في اللغة من أنه : تتابع الشيىء بعضه ببعض ، وكل ما تعرفه النفس من الخير وتأنس به ، وتطمئن إليه ، حيث إن الصلة بين تلك المعاني ، وما انتهى التعريف الاصطلاحى : "بأنه ما استقر في النفوس وتلقته الطباع السليمة ، أقول : الصلة بين التعريفين واضحة لأن كل ما يستقر في النفوس من معانى الخير لابد أن يتتابع ويتصل بعضه ببعض حتى يستقر ويتخذ صفة الاعتبار والإلزام ، ولكن التعريف الاصطلاحى يبقى أكثر تخصيصاً ودلالة على معناه ، حين قيد ما استقر في النفوس بإقرار الشارع له ، وذلك قيد هام ، فربما كان ما يستقر في النفوس منافياً لمقاصد الشارع أو أحكامه ، كما نرى في كثير من الأعراف الفاسدة ، ولذلك كان هذا القيد هاماً في بيان ماهية التعريف من الناحية الاصطلاحية .

أدلة اعتبار العرف :

وقد قامت الأدلة على اعتبار العرف في التشريع الإسلامي ، من كتاب الله تعالى ، وسنة نبيه – صلى الله عليه وسلم – ، وإجماع الفقهاء .

---

(1) بلوغ السول – شرح منظومة ابن عاصم في الأصول – ص ٣٢٠ .

(2) وراجع في هذا المعنى : د. أحمد فهمي أبو سنة – العرف والعادة في رأى الفقهاء – ص ٨ وما بعدها ، مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٧ ، د. السيد صالح – أثر العرف في التشريع الإسلامي – ص ٥٠ وما بعدها ، د. عبد العزيز الخياط : نظرية العرف – ص ٢٣ ، د. أحمد المباركي – العرف وأثره في الشريعة والقانون – ص ٣٢ وما بعدها ، د. مصطفى الزرقا – المدخل الفقهى العام – جـ ٢ – ص ٨٢٨ ، والشيخ عبد الوهاب خلاف – أصول الفقه – ص ٩٩ .

(١) أما الكتاب :

فيقول الله تعالى : " خذ العفو وأمر بالعرف واعرض عن الجاهلين [١]" ، حيث أمر نبيه في الآية الكريمة أن يأخذ بما تعارفه الناس من الخير فيما بينهم قولاً أو عملاً ، واستطابته قلوبهم وتقبلته ، فالعمل به مقتضى الأمر ، وإلا لما كان للأمر فائدة [٢]، والآية تدل على مشروعية العرف أوضح دلالة .

(٢) ومن السنة النبوية :

بما روى عن عبد الله بن مسعود موقوفاً أنه – صلى الله عليه وسلم – قال : " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن [٣]" ، وقد استدل بهذا الحديث جمهور أهل العلم من الفقهاء والأصوليين على أن العرف حجة تثبت به الأحكام الشرعية ، وأنه أساس صحيح لبناء الأحكام الشرعية عليه ، حيث يتواءم مع مبادئ الشريعة التى تقوم على اليسر ورفع الحرج عن الناس ، أخذاً من قول الله تعالى:" يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر [٤]" ، وقوله عز من قائل : " وما جعل عليكم في الدين من حرج [٥]" ، واتباع العرف فيه تيسير

---

(١) سورة الأعراف – الآية ١٩٩ .

(٢) راجع الفروق – للقرافي – جـ ٣ – ص ١٤٩ ، ومعين الحكام للطرابلسى – ص ١٦٠ ، والشيخ أحمد فهمى أبوسنة – السابق – ص ٢٣ ، وقد استدل جمهور الفقهاء على اعتبار العرف في كثير من الأحكام الشرعية وخاصة ما يتعلق منها بعشرة النساء ، وراجع : القرطبى – الجامع لأحكام القرآن – جـ ٧ – ص ٣٤٦ ، والشوكاني – فتح القدير – جـ ٢ – ص ٢٦٦ ، والشيخ محمد رشيد رضا – تفسير المنار – جـ ١ – ص ٥٣٤ وما بعدها ، وجامع البيان للطبرى – جـ ٩ – ص ١٥٥ .

(٣) رواه أحمد في مسنده ، وقال العلائى عن هذا الحديث ، لم أجده مرفوعاً في كتب الحديث أصلاً ، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال ، وإنما هو موقوف على ابن مسعود ، وقد حسنه ابن حنبل ، كما أخرجه البزار والطيالسى والطبراني ، وأبو نعيم في ترجمة ابن مسعود في الحلية ، وراجع : المقاصد الحسنة للسخاوي – حديث ٩٥٩ – ص ٣٦٧ – طبعة دار الأدب العربي للطباعة .

(٤) سورة البقرة – آية ١٨٥ .

(٥) سورة الحج – آية ٧٨ .

على الناس حيث تأتى تصرفاتهم منسجمة معه ، والمفروض أنه لم يثبت ويستقر في النفوس إلا بعد اضطراد سلوكهم عليه ، وحبهم له .

وفي هذا المعنى يقول السرخسى : " وهذا الأصل معروف وهو أن ما تعارفه الناس وليس في عينه نص يبطله جائز ، وبهذا الطريق جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل ، لقوله – صلى الله عليه وسلم : " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن [١]" ، والحديث شائع ومشهور على الألسنة رغم عدم ثبوت رفعه إلى النبى – صلى الله عليه وسلم – ، والثابت وقفه على ابن مسعود – رضى الله عنه – ، وقد ذكر الديلمى له ثلاثة طرق ، فقد رواه أحمد في مسنده ، والحاكم في المستدرك ، والبزار في مسنده ، كما رواه البيهقى عن الصنعانى عن الأعمش عن مالك بن الحارث [٢]، وقد علق الشيخ عبد الرازق عفيفى على هذا الحديث بأنه موقوف حسن [٣]، والحديث على درجة من الصحة ، يمكن بها أن يكون دالاً على المطلوب .

(٣) وأما الإجماع :

فقد حكاه كثير من أهل العلم في مواطن كثيرة تعارف الناس فيها في عصر من العصور على عمل ما ، مع استمرارهم عليه دون أن ينكر عليهم أحد

---

(١) المبسوط للسرخسى – جـ ١٢ – ٤٥ ، وراجع : الإحكام للآمدى – جـ ٢ – ص ١٣٨ ، حيث قرر أنه لا يراد بالمسلمين المجتهدين ، فإن ذلك لا دليل عليه يعتد به ، وإنما يراد به أهل الحل والعقد ، وهذا محل نظر حيث يرى البعض : أنه إنما يراد به جميع المسلمين ودعاتهم ، لأن اللام للاستغراق ، وراجع : الأشباه والنظائر للسيوطى – ص ٨٩ – وابن حزم الظاهرى – الإحكام في أصول الأحكام – جـ ٦ – ص ٧٥٩ وما بعدها ، وقارن ما ذهب إليه الشاطبى في الاعتصام – جـ ٢ – ص ١٢٠ ، حيث يرى : أن الألف واللام ليست للاستغراق ، وإلا كان ما يراه آحاد العوام من المسلمين حسناً أن يكون حسناً عند الله وهو ممتنع ، والآمدى – جـ ٣ – ص ١٣٨ ، والشيخ أحمد فهمى أبو سنة – ص ٢٦ .

(٢) نصب الراية ، في تخريج أحاديث الهداية – جـ ٤ – ص ١٣٣ وما بعدها .

(٣) في تعليقه على الإحكام للآمدى – جـ ٤ – ١٥٦ ، وذكر السخاوى في المقاصد الحسنة : مثل ذلك – السابق – ص ٣٦٧ .

من العلماء ، مع علمهم به ، وهذا ما يعرف بالإجماع العملى ، حيث يبدأ الأمر في أوله عرفاً ثم يكتسب تلك الصفة ، ومثال ذلك الاستصناع ، حيث أجمع الناس على جوازه استحساناً رغم أنه – وفقاً للقواعد العامة – لا يجوز ، لأنه تعاقد على استصناع شيىء ليس موجوداً وقت العقد ، فيدخل تحت باب بيع ما ليس عند الإنسان المنهى عنه بحديث النبى – صلى الله عليه وسلم – ، وقد عمل الناس به من غير نكير في سائر الأعصار فيكون إجماعاً يترك القياس به(1)، ومن ثم يكون العرف ثابتاً بالكتاب والسنة والإجماع .

صفة الإلزام في العرف :

ولكي يكون العرف معتبراً ومدلولاً عليه بما سبق ، فإنه يجب ان يكون قد وصل إلى درجة من الاضطراد والعموم والاستقرار وعدم مخالفة النصوص الشرعية ، بما يجعله عرفاً ملزماً ، والعرف الملزم يجب أن تتوافر فيه شروط:

أولها : أن يكون مضطرداً أو غالباً :

ومعنى الاضطراد في العرف ، أن تكون العادة كلية بمعنى أنها لا تتخلف، وقد يعبر عنه بالعموم ، فيقال : يشترط في العرف أن يكون عاماً ، أي شائعاً مستفيضاً بين أهله بحيث يعرفه جميعهم في البلاد كلها ، أو في إقليم خاص ، ومعنى الغلبة أن تكون أكثرية ، بمعنى أنها لا تتخلف كثيراً (2)، والعرف إذا اضطرد أو غلب يؤثر في المعاملات لكثرة وقوعه ، ورغبة الناس فيه

---

(1) الكاساني – بدائع الصنائع – جـ ٥ – ص ٢ وما بعدها ، وفي جواز وقف المنقول بالإجماع – جـ ٦ – ص ٢٢٠ ، وفي جواز المضاربة بالإجماع العملى : المغنى لابن قدامه – جـ ٥ – ص ١٩ ، والشوكاني، نيل الأوطار – جـ ٥ – ص ٣٠٠ وما بعدها ، وفي إجماع أهل المدينة على ما جرى العرف به ، فتاوى ابن تيمية – جـ ٢٠ – ص ٣٠٣ ، ٣١٠ ، والزرقاني على شرح موطأ مالك – جـ ٣ – ص ٣٢٠ وما بعدها .

(2) الأشباه والنظائر للسيوطى – ص ٩٢ ، ورسالة نشر العرف في بناء الأحكام على العرف – لابن عابدين – جـ ٢ – ص ١٣٤ ، والشيخ أحمد فهمى أبو سنة – السابق – ص ٥٨ ، د. عبد العزيز الخياط – السابق – ص ٥٣ .

وارتياحهم له ، فلو استأجر شخص للخياطة أحداً فالخيط عليه ، فإذا اضطرب العرف وجب البيان ، وفي استحقاق العامل لأجره في أيام العطل ينظر إلى العرف الغالب [١].

ثانيهاً : ألا يكون مخالفاً لنص شرعى :

فإذا خالف العرف نصاً شرعياً فإن كان مبنياً على أمر باطل كما لو تعارف الناس شرب الخمر ، ولعب الميسر والتعامل بالربا وغير ذلك مما يحرمه الشرع ، فإنه يكون باطلاً يحرم اتباعه ، لأن النص ملزم للجميع ، من يعرفونه ومن لايعرفونه ، أما العرف فليس بملزم إلا لمن يعرفونه ، وما يكون ملزماً للجميع ، أقوى مما يكون ملزماً للبعض ، كما أن العرف محتاج إلى النص ، والنص ليس بمحتاج إلى العرف، وما لا يحتاج مقدم على ما يحتاج ، والنص يثبت الأحكام في أصول الشريعة وفروعها ، بخلاف العرف فإنه لا يقضى به إلا في الفروع ، فاختلفا [٢].

ثالثها : أن يكون العرف موجوداً وقائماً عند إنشاء التصرف :

ويجب أن يكون العرف سائداً وقائماً وموجوداً حالة إبرام التصرف المراد تحكيم العرف فيه ، حتى يمكن الإحالة عليه ، ومن ثم فلا يلزم اتباعه إذا لم يكن قائماً ، إذ لا عبرة بالعرف الطارئ [٣]، لأن الذى تحمل التصرفات عليه ، إنما هو العرف المقارن السابق دون العرف المتأخر [٤].

---

(١) السيوطى – المكان نفسه – والموافقات للشاطبي – جـ ٢ – ص ٢١٢ ، وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (٤١) على أنه : " إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت .

(٢) د. السيد صالح – السابق – ص ١٤٥ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم – ص ١٠١ .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى – ص ١٠٦ ، وفي هذا المعنى : الفروق للقرافى – ص ٢٣١ ومابعدها ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار – جـ ٢ – ص ٤٢٨ ، حيث ذكر في الرسائل أنها يجب أن تكون مكتوبة في قرطاس ومعنونة ، ومصدرة باسم المرسل والمرسل إليه ، ومختومة بختم المرسل حتى يعتد=

رابعها : ألا يعارض العرف شرط يناقضه :

من القواعد الأساسية في المعاملات : أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، فإذا تم التعاقد بين شخصين مع سكوتهما عن العرف القائم في مثل هذه المعاملات فلم يتعرضا له بنفى ولا إثبات ، فإنه يطبق في حقهما ، ويلزم كل واحد منهما به ، ذلك أن إلزامهما بالعرف في تلك الحالة إنما يعتبز من قبيل الدلالة ، فإذا صرح المتعاقدان بخلاف ما يقضى به العرف ، فإن تلك الدلالة تبطل ، إذ من المقرر أنه لا عبرة بالدلالة في مواجهة النص الصريح ، وبناء على ذلك ؛ لو استأجر شخص أجيراً للعمل من الظهر إلى العصر فقط ، فليس له أن يلزمه بالعمل من الصباح إلى المساء بحجة أن ذلك مما يقضى به العرف(1).

وجمهور أهل العلم يرون أنه لا عبرة بعموم العرف ، فيستوى عندهم أن يكون العرف عاماً أم خاصاً ، حيث يعتبر في كلتا الحالتين ، وذلك رأى بعض فقهاء الشافعية ، وبعض فقهاء الحنفية والمالكية(2)، وقد قال المالكية بعرف أهل المدينة وهو عرف خاص (3)، بينما ذهب بعض فقهاء الحنفية والشافعية إلى اشتراط أن يكون العرف عاماً ، وأنه لا عبرة بالعرف الخاص عندهم (4)، والراجح في نظرنا هو الرأى الأول ، وذلك لشهرة الاحتكام إلى

= بها ، ويلاحظ أن هذا العرف قد تغير وأصبح يكتفى فيه بالتوقيع ، فلا يعتبر العرف السابق على ما يقع مستجداً ، ورنجع الخياط – ص ٥٤ .

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام – جـ ٢ – ص ١٥٨ ، والزرقا في المدخل الفقهي العام – جـ ٢ – ص ٨٧٥ ، د. أحمد المباركي – السابق – ص ١٠٢ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم – ص ٤٩ ، رسائل ابن عابدين – جـ ٢ – ص ١٣٠ ، والأشباه والنظائر للسيوطي – ص ١٠٣ وما بعدها ، الأم للشافعى – جـ ٦ – ص ١٣٦ .

(٣) السيد صالح – ص ١٩٧ ، د. أحمد مباركي – جـ ٩٤ وما بعدها ، د. أحمد فهمى أبو سنة – ص ٥٨ .

(٤) رسائل ابن عابدين – جـ ٢ – ص ١٣٠ ، ابن حجر الهيثمى – الفتاوى الفقهية الكبرى – جـ ٤ – ص ٥٧ .

أعراف أهل المدينة بما يمكن أن يرجح هذا الرأى ، ولأن في العمل وفقاً لما يقضى به العرف تيسيراً على الناس يحسن اتباعه ، حتى ولو كان العرف خاصاً ببلد معين أو منطقة محدودة ، ذلك هو المراد بالعرف ، وتلك هي أدلة اعتباره ، وهذه شروط الاحتجاج به ، ونكتفى منه بهذا البيان .

المبحث الثالث

المصادر العقلية

تشمل المصادر العقلية : القياس ، والاستحسان ، وسد الذرائع ، والمصلحة ، والاستصحاب ، ونخصص لبيان كل منها مطلباً :

المطلب الأول

القيـــاس

الأحكام الفقهية جميعها مبنية على مقاصد ومصالح ، هي العلة في ثبوت الحكم والسبب في وجوده ، ولما كانت الأحكام – كما يقول الشهرستانى – متناهية ، والوقائع غير متناهية ، حيث يستجد من الوقائع ما لم يسبق حدوثه، ولم يرد فيه نص بذاته ، ويراد معرفة حكم الله فيه ، وكان هناك أمر آخر يشبهه ورد فيه نص أو حكم إجماعي ، والعلة التى شرع الحكم من أجلها موجودة في الأمر الجديد ، ألحقوا الأمر الذى لا نص فيه ولا حكـم له ، بالأمـــر الذى صدر فيه حكم لاتحاد العلة فيهما [1].

والقياس لغة : يطلق ويراد به التسوية بين الشيئين ، حسية كانت ، كتسوية شيء بشيء ، أم معنوية كتسوية شخص بشخص في الكفاءة أو

---

(١) د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٢٣٢ .

الخلق ، ويطلق بمعنى التقدير ، فيقال : قاس الأرض بالقصبة والقماش بالمتر[1] ، أي قدرهما بما يقدران به .

وهو في اصطلاح الأصوليين : إلحاق أمر لا نص فيه من الكتاب أو السنة ، بأمر آخر منصوص على حكمه ، وتطبيق حكمه عليه ، لاشتراكهما في العلة التى شرع الحكم لأجلها ، أو هو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع لعلة متحدة لا تدرك باللغة [2].

والأصل يسمى مقيساً عليه ، والفرع يسمى مقيساً ، ومعنى أن العلة لا تدرك باللغة : أنها لا تعرف إلا بالاجتهاد والرأى وبالنص عليها .

والمراد من القياس : إظهار أن حكم الله في الفرع ، موافق لحكمه في الأصل ، لأن الحكم يثبت في الفرع ابتداء ولا حكم إلا لله ، وهذا معنى قول الأصوليين : إن القياس مظهر للحكم لا مثبت له .

ومثال ذلك : تحريم النبيذ قياساً على الخمر لاشتراكهما في العلة التى روعيت في تحريم الخمر وهي الإسكار ، حيث لم يرد نص في تحريم النبيذ ، وقد ورد النص في الخمر ، وذلك في قول الله تعالى : " إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون [3]" ، فالخمر هي الأصل المقيس عليه ، والنبيذ هو الفرع المقيس ، والعلة المشتركة بينهما هي الاسكار ، وإيقاع العداوة والبغضاء بين الناس ، ثم قياسهم - بعد ذلك - على الخمر في التحريم كل مسكر [4].

---

(١) المعجم الوجيز - ص ٥٢٢ وما بعدها .

(٢) المستصفى للغزالي - جـ ١ - ص ١٨٧ ومابعدها ، الآمدى - الإحكام - جـ ٣ - ص ٦ ، د. حسين حامد حسان - أصول الفقه - ص ٣٢١ ، د. محمد سلام مدكور - السابق .

(٣) سورة المائدة - الآية ٩٠ .

(٤) د.محمد سلام مدكور - السابق - ص ٢٣٣ .

ويرى الدكتور يوسف قاسم : أن نص الآية المذكورة يصدق على كل المسكرات ، وسائر المخدرات سواء أكانت مائعة أم جامدة ، فدلالة الآية المباشرة تشمل كل مسكر ، لأن الخمر ما خامر العقل وغطاه أيا كان [1].

ومن أمثلة القياس : حرمان الموصى له من الوصية إذا قتل الموصي، قياساً على حرمان الوارث إذا قتل المورث ، لاشتراكهما في العلة وهي استعجال الشيء قبل أوانه ، وقياس من يستأجر على إجارة غيره ، بحكم من يبيع على بيع غيره المنهي عنه في الحديث لاشتراكهما في العلة ، وهي إيذاء الأول وإثارة الأحقاد والضغائن .

أركان القياس :

وللقياس أربعة أركان هي :

(١) الأصل المقيس عليه ، وهو الأمر الذى ورد نص بحكمه .

(٢) الفرع المقيس ، وهو الأمر الذى جد ولم يرد في حكمه نص، ويطلب معرفة حكم الله فيه .

(٣) العلة ، وهي الوصف المشترك بين الأصل والفرع ، والذى من أجله شرع الحكم في الأصل ، وينبغى لصحة القياس : أن تكون العلة هي الباعث للحكم ، وأن تكون ظاهرة منضبطة بنفسها غير خفية أو مضطربة ، وأن تكون العلة واحدة في المقيس (الفرع) والمقيس عليه (الأصل) ، لأن الشيء إنما يلحق بغيره إذا تساويا من جميع الوجوه .

(٤) حكم الأصل ، وهو الحكم الشرعي الثابت للأصل بنص أو إجماع للوصف الملاحظ فيه ويريد المجتهد تعديته للفرع المقيس لوجود الوصف فيه .

---

(١) د. يوسف قاسم – السابق – ص ١٩٥ ، حاشية (٣) .

حجية القياس :

جمهور فقهاء المسلمين على أن القياس دليل شرعى من أدلة الأحكام ، وهو يفيد غلبة الظن فيكون حجة يجب العمل به ، إذ هو يستند إلى علة حقيقية ظاهرة ، ويتفق العمل به مع مقاصد الشريعة الأصلية ، إذ المنقول الصحيح دائر مع المعقول الصحيح وجوداً وعدماً.

ويرى بعض فقهاء الشيعة والمعتزلة والظاهرية : أن القياس ليس بحجة، ومن ثم لا يجوز التوصل به عندهم إلى أحكام الوقائع التى لم يرد فيها نص ، فهذه الأحكام منتفية عندهم لانتفاء سندها وهو القياس ، ولعل ذلك سبب تسميتهم: نفاة القياس .

أدلة حجية القياس :

وقد استدل جمهور الفقهاء على حجية القياس من الكتاب والسنة وإجماع الصحابة :

(١) أما الكتاب :

فبقول الله تعالى : " إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله [١]" ، أي بما أراك الله فيه من الاستنباط والقياس ، لأن الذى أراه الله فيه من الاستنباط والقياس هو مما أنزل الله عليه ، وأمره بالحكم به حين قال : " وإن احكم بينهم بما أنزل الله [٢]" ، وقوله تعالى : " وتلك الأمثال نضربها للناس وما يعقلها إلا العالمون[٣]"، وقوله تعالى : " فاعتبروا يا أولى الأبصار[٤]"، فإدراك الأبصار والاعتبار لا يكونان إلا بالتقدير والنظر في القياس.

---

(١) سورة النساء – آية ١٠٥.

(٢) سورة المائدة – من الآية ٤٩ .

(٣) سورة العنكبوت – من الآية ٤٣ .

(٤) سورة الحشر – من الآية الثانية .

ولعل أقوى دليل يوجب العمل بالقياس هو قول الله تعالى : " أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً ، وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ولو ردوه إلى رسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم ، ولولا فضل الله عليكم ورحمته لا تبعتم الشيطان إلا قليلاً [١]" ، وإذا كانت الآية الأولى تدل على وجوب التدبر بانكارها على من لا يتدبرون فهى حث عليه ، وأما الاستنباط المقصود في الآية الثانية ، فيراد به استخراج الأحكام الفرعية من أصول الشريعة وأدلتها الكلية ، وما القياس إلا هذا[٢]، ويكون خلاف الذين خالفوا جمهور الفقهاء أمراً تاريخياً انتهى أوانه، لأنهم لو كانوا يعيشون هذا العصر ، ورأوا ذلك التقدم العلمى الفائق لما عارض أحد منهم في حجية القياس وأهميته والعمل به في كل العصور [٣].

(٢) وأما السنة :

فيما روى أن النبى – صلى الله عليه وسلم – حين بعث معاذاً إلى اليمن قال له : كيف تقضى ؟ ، قال : بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ ، قال فبسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ، قال : فإن لم يكن في سنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم ؟ ، قال : أجتهد برأى ، قال : الحمد لله وفق رسول رسول الله – صلى الله عليه وسلم- [٤] ، والقضاء بالرأى ، هو العمل بالقياس .

(٣) وأما إجماع الصحابة :

فقد أجمع الصحابة على الأخذ بالقياس ، فهذا الإمام على يقيس حد القذف على حد شرب الخمر حينما استشاره عمر فيه وقال : لأنه إذا سكر

---

(١) سورة النساء – من الآية ٨٢ ، ٨٣ .

(٢) د. يوسف قاسم – السابق – ص ١٩٦ .

(٣) المرجع نفسه .

(٤) التاج الجامع للأصول – جـ ٣ – ص ٦٦ .

هذى، وإذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون [1]، وهذا عمر بن الخطاب يقول لأبى موسى الأشعرى : إعرف الأمثال والأشباه وقس الأمور عندك ، إلى أن قال : الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما ليس في قرآن ولا سنة ، ثم قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ، ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق[2].

وفى تلك الأدلة الشرعية ما يفيد حجية القياس ، ويملأ النفس ثقة بأنه دليل شرعي يكشف عن حكم الله فيما لا نص فيه إذا اتحدت علته مع ما فيه نص ، وفي هذا البيان كفاية في ذلك ، فنكتفى به .

المطلب الثاني

الاستحســـــان

الاستحسان لغة: مشتق من الحسن ، قال ابن منظور : والحَسَن (محركة) ، ما حسن من كل شيىء ، فهو استفعال من الحسن ، يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه ، حسياً كان هذا الشيىء أو معنوياً ، وإن كان مستقبحاً عند غيره ، وهو من الحسن ، ضد الاستقباح تقول استحسنت كذا ، أي اعتقدته حسناً ، ويقال استحسن الرأي أو القول أو الطعام أو الشراب ، أي عدَّه حسناً ، وهذا مما استحسنه المسلمون أي عدُّوه حسناً [3].

---

(١) نيل الأوطار – جـ ٧ – ص ١٤٤ ، والموطأ – جـ ٢ – ص ٨٤٢ ، والجامع لأحكام القرآن – جـ ٦ – ص ٣٩٨ ، د. حامد جامع – على بن أبي طالب حاكماً وفقيهاً – جـ ٢ – ص ٣٠٠ – طبعة ٢٠٠١ .

(٢) الإحكام في أصول الأحكام – لابن حزم – ص ١٠٠٣ – مطبعة العاصمة .

(٣) المعجم الوسيط – ص ١٧٤ ، القاموس المحيط – جـ ٤ – ص ٢١٤ ، تاج العروس – جـ ٩ – ص ١٧٧ .

وفي اصطلاح الأصوليين والفقهاء :

عرفه الإمام الغزالي بعدة تعريفات منها أنه : " ما يستحسنه المجتهد بعقله [1]" ، وهذا التعريف منتقد ، لأنه يجعل الاستحسان راجعاً إلى عقل المجتهد دون أن يقيده بالنصوص الشرعية .

ولهذا قيده الغزالى بقوله : " إنا نعلم قطعاً إجماع الأمة قبلهم على أن العالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر في الأدلة ودلالتها ، والاستحسان من غير نظر في أدلة الشرع حكم بالهوى ؛ وهو كاستحسان العامى ، ومن لا يحسن النظر [2]" .

وقد أخذ على هذا التصحيح أنه يجعل للعامى استحساناً ، وهو ما لا يمكن تصوره ، ولذلك عرفه بتعريف آخر جاء فيه : " أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها بدليل خاص [3]" ، كما عرفه ابن العربي بأنه : إيثار ترك الدليل والترخيص بمخالفته لمعارضته بدليل آخر في بعض مقتضياته [4]، يقول الشوكانى : " إن كان الاستحسان والقول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل فهو باطل ، ولا أحد يقول به، وإن كان تفسير الاستحسان بالعدول عن دليل إلى دليل أقوى منه ، فهذا مما لا ينكره أحد [5]" .

أدلة مشروعية الاستحسان :

وردت أدلة مشروعية الاستحسان بالكتاب والسنة والإجماع :

---

(١) المستصفى للغزالى – جـ ٢ – ص ٤٧ .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) المرجع نفسه – ص ٤٨ .

(٤) الاعتصام للشاطبى – جـ ٢ – ص ١٣٩ ، والموافقات – جـ ٤ – ص ٢٠٨ .

(٥) إرشاد الفحول – ص ٢١٢ ، وراجع : بحثاً في الاستحسان – للدكتور محمود عبد القادر مكاوى منشور – في أسبوع الفقه الإسلامي ، ومهرجان الإمام ابن تيمية – ص ٢٩٧ ، ومابعدها .

(١) أما الكتاب :

(أ) فيقول الله تعالى : " واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم [١]" ، والآية تمدح الذين يتبعون أحسن القول ، وأحسن أفعل تفضيل ، يقابله الحسن وهو المتروك باتباع الأحسن ، واتباع بعض القول لكونه أحسن ، هو الاستحسان ، والآية فيها أمر بالاتباع ، فيكون المأمور به واجباً ولا معنى لحجية الاستحسان إلا هذا ، يقول الآمدى : " وجه الاحتجاج بالآية ، ورودها في معرض الثناء والمدح لمتبع أحسن القول [٢]" .

(ب) ويقول الله تعالى : " فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه [٣]" ، ووجه الدلالة في الآية الكريمة ، أنها قد ذكرت في مقام المدح والثناء على المتبعين لأحسن القول ، وفي هذا يقول السرخسى : " والقرآن كله حسن ثم أمر باتباع ما أحسن [٤]" .

(ج) ويقول الله تعالى : " وأمر قومك يأخذوا بأحسنها [٥]" ، وقد أوضحت الآية الكريمة أن قوم موسى كانوا مأمورين بأن يأخذوا بالأحسن ، وهم مأمورون بالعمل به ، مع وجود الحسن في التوراة ، ونحن كذلك مأمورون به، لأن شرع من قبلنا شرع لنا ، ما لم ينسخ ، وقد سار اتباع الأحسن من شرعنا لما سبق من الآيات ، وحينئذ يكون الاستحسان حجة .

---

(١) سورة الزمر – آية ٥٥ .

(٢) الإحكام للآمدى – جـ ٢ – ص ٢٠٢ .

(٣) سورة الزمر – من الآية ١٧ ، ١٨ .

(٤) المبسوط للسرخسى – جـ ٢ – ص ١٢٥ .

(٥) سورة الأعراف – من الآية ١٤٥ .

(٢) ومن السنة النبوية :

ما روى أنه – صلى الله عليه وسلم – قال : " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن "[(١)] ، ووجه الدلالة في هذا الحديث : أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قد بين أن ما يراه المسلمون بعقولهم حسناً ، فإنه حينئذ يكون كذلك ، وإلا لو لم يكن كذلك لحسنه الشرع بدليل ، وحينئذ فلا يكون هناك داع لذكر الحديث [(٢)].

(٣) وأما الإجماع :

فقد استدل المثبتون للاستحسان بالإجماع على ثبوت حجيته بقولهم : أجمعت الأمة على دخول الحمام من غير تقدير أجرة وعوض الماء ، ولا تقدير مدة السكون واللبث فيه ، وكذلك شرب الماء من يد السقائين بغير تقدير العوض ولا مبلغ الماء المشروب وقدره ، لأن التقدير في مثل هذا من قبيح العادات ، فاستحسنوا ترك المضايقة فيه ولا يحتمل ذلك في إجارة ولا بيع [(٣)].

---

(١) رواه أحمد في مسنده ، وقال العلائي عن هذا الحديث : لم أجده مرفوعاً في كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال ، وإنما هو موقوف على ابن مسعود ، وقد حسنه ابن حنبل كما أخرجه البزار والطيالسى والطبراني ، وأبو نعيم في ترجمة ابن عباس من الحلية ، وراجع : المقاصد الحسنة – للسخاوي – حديث ٩٥٩ – ص ٣٦٧ – طبعة دار الأدب العربي للطباعة ، ويقول السرخسى : والحديث شائع مشهور على الألسنة رغم عدم ثبوت رفعه إلى النبى– صلى الله عليه وسلم– ، والثابت وقفه على ابن مسعود – رضى الله عنه ، وقد ذكر الزيلعى له ثلاثة طرق ، فقد رواه أحمد في مسنده ، والحاكم في المستدرك ، والبزار في مسنده ، كما رواه البيهقى عن الصنعانى عن الأعمش ، عن مالك بن الحارث، راجع : المبسوط للسرخسى – جـ ١٢ – ص ٤٥ ، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية – جـ ٤ – ص ١٣٣ ، وما بعدها .

(٢) د. عبد الحميد أبو المكارم إسماعيل – الأدلة المختلف فيها – ص ٢٤٩ – دار المسلم .

(٣) المبسوط للسرخسى – جـ ٢ – ص ١٤٥ ، المستصفى للغزالي – ص ٢٤٨ ، الإحكام للآمدى – جـ ٣ – ص ٢٠٣ .

أهم تطبيقات الاستحسان :

وتتمثل أهم تطبيقات الاستحسان في السلم والإجارة :

(أ) أما السلم :

فإنه يعرف بأنه : بيع آجل بعاجل ، أو بيع شيء موصوف في الذمة ، أي أنه يتقدم فيه رأس المال ، ويتأخر المثمن لأجل ، وبعبارة أخرى : هو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل [١].

فالسلم بيع ، لكنه لم يأت على قاعدة البيع المعهود ، والذى يشترط فيه أن تكون العين المبيعة موجودة عند العقد ، إلا أنه جوز لنص آخر ، أخرج المسلم فيه من الحكم العام الذى بينه النبى – صلى الله عليه وسلم – لحكيم بن حزام بقوله : " لا تبع ما ليس عندك " ، حيث نهى النبى – صلى الله عليه وسلم – عن بيع ماليس عند الإنسان ، لكن السلم جوز رغم أن المبيع ليس موجوداً فيه وقت التعاقد ، وذلك لليسر والتسهيل ولورود النص الدال على جوازه ، وهو ماروي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قدم المدينة وهم يسلفون الثمار السنة والسنتين ، فقال : " من أسلم فليسلم في وكيل معلوم إلى أجل معلوم [٢]" .

---

(١) المبسوط – جـ ١٢ – ص ١٢٤ ، فتح القدير – جـ ٥ – ص ٣٢٣ ، بدائع الصنائع – جـ ٥ – ص ٢٠١، حاشية ابن عابدين على الدر المختار – جـ ٤ – ص ٢١٢ ، بداية المجتهد – جـ ٢ – ص ١٩٩ ، مغنى المحتاج – جـ ٢ – ص ١٠٢ ، المغنى لابن قدامه – جـ ٤ – ص ٢٧٥ ، وكشاف القناع – جـ ٣ – ص ٢٧٦ .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني – جـ ٥ – ص ٢٢٦ ، وقد أخرجته كتب الأئمة الستة عن ابن عباس ، راجع: جامع الأصول – جـ ٢ – ص ١٧ ، نصب الراية – جـ ٤ – ص ٦٤

وفي هذا يقول السرخسي : " وكذلك القياس يأبى جواز السلم باعتبار أن المعقود عليه معدوم عند العقد ، لكننا تركناه للرخصة الثابتة بقوله – صلى الله عليه وسلم – : " ورخص في السلم [1]" .

ومن ثم يجيء السلم كمثال لاغتفار الغرر بالنص ، والغرر فيه موجود ، لأنه يحتمل الوجود والعدم وقت ورود العقد عليه ، ومع ذلك فإنه أجيز استحساناً بالنص .

(ب) وأما الإجارة :

فإن الرجل إذا استأجر آخر ليقوم له بعمل من الأعمال ، فهذه الإجارة باطلة ، لأن المعقود عليه وهو المنفعة غير موجود وقت العقد ، فالبطلان واجب التطبيق على الإجارة ، ولكن عدل عن ذلك استحساناً للنص الوارد في جواز ذلك ، بقول الله تعالى : " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن [2]" ، وقوله – صلى الله عليه وسلم : " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه [3]" .

فالإجارة رغم أن العقد فيها وارد على معدوم وقت التعاقد ، فهي بيع المنافع المستقبله أي بيع غير الموجود حالاً على أنه سيوجد استقبالاً ، إلا أنها اجيزت على سبيل الاستحسان بالنصوص الواردة في ذلك دالة على مشروعيتها، ومن خلال هذين المثالين تبدو حقيقة الاستحسان على نحو يكفي في هذا المقام .

---

(١) أصول السرخسي – جـ ٢ – ص ٢٠٣ – طبعة المعرفة .

(٢) سورة الطلاق – من الآية ٦ .

(٣) نصب الراية – جـ ٤ – ص ١٢٩ ، وقد روى الحديث عن أبي هريرة ، ومن حديث ابن عمر ، ومن حديث جابر ، ومن حديث أنس ، وحديث أبي هريرة ، رواه أبو يعلى في مسنده وحديث ابن عمر أخرجه ابن ماجة في سننه ، وحديث جابر ، رواه الطبراني في معجمه الصغير ، وحديث أنس رواه أبو عبد الله الترمذي الحكيم في نوادر الأصول ، قال ابن حجر : كلها ضعاف ، راجع : مجمع الزوائد – جـ ٤ – ص ٩٧ ، سبل السلام – جـ ٣ – ص ١٨ .

المطلب الثالث

سد الذرائع

الذرائع جمع ذريعة ، وهي لغة : الوسيلة والسبب إلى الشيىء[1]، يقال : النظر ذريعة إلى المحرم ، أي وسيلة إليه .

وفي اصطلاح الفقهاء والأصوليين يقصد بسد الذرائع : غلق الأبواب التى تؤدى إلى المفاسد والمحرمات ، ومضمون هذا الاضطلاح يمثل قاعدة كلية تجد لها في الفقه كثيراً من التطبيقات ، وقد نسب القول بها للإمام مالك – رضى الله عنه – ، ولكن التحقيق لدى بعض العلماء يفيد أن الأئمة يطبقون هذه القاعدة في كثير من فروعهم ، ولعل الخلاف فيها عندهم ، ليس في ذات القاعدة ، وإنما في بعض شروطها أو تطبيقاتها [2]، لأن المشاهد في أحكام كثير من الفروع يفيد أن أكثر الفقهاء يعطى الوسيلة أو الذريعة حكم الغاية ، إذا تعينت الوسيلة طريقاً لهذه الغاية [3]، والظاهرية وإن كانوا ينكرون الأخذ بها تبعاً لعدم أخذهم بالرأى والاجتهاد عن طريق الذرائع ، إلا أنهم قصروها على الابتعاد عن مواطن الشبهات خشية الوقوع في الحرام ، وهم في ذلك منطقيون مع مذهبهم الذى يقوم على الأخذ بظاهر ألفاظ الدليل .

ومنشأ الخلاف فيها بين الفقهاء يتلخص فيما يعتبر في العقود ، هل هو الإرادة الظاهرة (العبارة) ، أم الإرادة الباطنة (النية) ؟ ، يرى الإمام الشافعي : أن العبرة في العقود بظاهر العبارة ، ويقارب رأي الشافعي ، ما قال به أبو حنيفة ، حيث يدخل هذا عنده تحت قاعدة : " المعتبر في أوامر الله المعنى ،

---

(١) المعجم الوجيز – ص ٢٤٤ .

(٢) د.يوسف قاسم – السابق – ص ٢٠٠ .

(٣) د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٢٤٤ .

والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ [1]" ، أما الإمامان مالك وأحمد ، ، فإنهما ينظران في الحكم على التصرف بمآله والباعث عليه ، كمن يعقد عقداً للوصول إلى المحرم ، كما في بيع العينة وزواج المحلل ، وما ذهبا إليه يتفق مع قاعدة الأمور بمقاصدها ، وهو الأقرب لمقاصد الشريعة،ولقاعدة سد الذرائع أصل في كتاب الله – تعالى – وفي سنة رسوله – صلى الله عليه وسلم – ولذلك فإنه مما يبدو أن العمل بها ليس عملاً بمصدر مستقل ، وإنما هو على التحقيق عمل بالكتاب والسنة .

(ا) أما الكتاب :

فيقول الله – تعالى – : " ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم ، كذلك زينا لكل أمة عملهم ، ثم إلى ربهم مرجعهم فينبؤهم بما كانوا يعملون [2]" ، فقد حرم الله على المؤمنين بهذه الآية الكريمة أن يسبوا المشركين حتى لا يكون ذلك ذريعة للمشركين أن يسبو الله سبحانه وتعالى ، فيكون سب آلهة الضالين ذريعة لسب إله العالمين – عز وجل – وهذا حكم دلت السنة على عمومه ، وأنه ليس خاصاً بالحالة التى جاءت الآية بشأنها .

(٢) وأما السنة :

فيما روى أنه – عليه الصلاة والسلام – قال : إن من أكبر الكبائر أن يسب الرجل والديه ، قالوا كيف يسب الرجل والديه يا رسول الله ؟ ، قال – صلى الله عليه وسلم – : يسب الرجل أبا الرجل فيسب أباه ويسب أمه [3]" .

ثم ذكر – صلى الله عليه وسلم – قاعدة تشمل جميع المحرمات وتحذر من كل ما يؤدى إليها ، فقد جاء في الحديث المتواتر ، أن النبى – صلى الله

(١) حاشية الحموى على الأشباه والنظائر لابن نجيم – ص ٢٧ .

(٢) سورة الأنعام – الآية ١٠٨.

(٣) رياض الصالحين للنووى – ص ١٦٧ – رقم ٣٤٣ – طبعة المكتب الإسلامي .

عليه وسلم – قال : " الحلال بين والحرام بين ، وبينهما أمور مشتبهة ، فمن ترك ماشبه عليه من الإثم ، كان لما استبان أترك، ومن اجترأ على ما يشك فيه من الإثم أوشك أن يواقع ما استبان ، والمعاصى حمى الله ، من يرتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه [1]" .

ولهذا المبدأ تطبيقات كثيرة ، منها : تحريم الخلوة بالمرأة الأجنبية ، لأن ذلك يؤدى إلى المفسدة ، ومنها : عدم إقامة الحدود في الغزو ، وتحريم بيع السلاح عند الفتنة ، إذ فيه إعانة على معصية ، وكذلك بيعه للمحاربين أو البغاة أو قطاع الطريق ، ومثله بيع العنب لمن يتخذه خمراً ، وتأجير العامل ليقدم الخمر إلى شاربها ، وتأجير الحانوت ليتخذ حانة لبيع الخمر ، وتأجير المسكن بقصد استخدامه للبغاء والدعارة أو الميسر ، فكل هذه الأمور ذريعة ووسيلة إلى مفسدة فيتعين سدها .

المطلب الرابع
المصلحـــــة

المصلحة : هي الوصف الذى يكون في ترتيب الحكم عليه جلب منفعة للناس ، أو درء مفسدة عنهم ، وقد اختلفت العلماء في اعتبار المصالح من الأدلة التى تبنى عليها الأحكام ، وأكثر الأصوليين لا يعتبرها من الأدلة ، ولذلك يوردونها ، ضمن الأصول الموهومة ، أو ضمن مبحث الاستدلال ، ومنهم من نسب القول بها إلى بعض الأئمة ، وقد قسم علماء الأصوال المصالح ثلاثة أقسام :

(١) المرجع نفسه – ص ٢٥٤ ، والحديث متفق عليه من رواية النعمان بن بشير .

الأول : ما شهد الشرع باعتبارها ، وهذه معتبرة باتفاق .

الثاني : ما شهد الشرع بإلغائها ، وهذه ملغاة باتفاق .

الثالث : ما لم يشهد لها الشرع باعتبار ، ولا بإلغاء بدليل معين، وكانت في الأمور التى يدرك العقل معناها ، وهذا القسم هو ما يسمى بالمصالح المرسلة ، وهو الذى اختلفت العلماء في صلاحيته لترتيب الأحكام عليه [1].

قال الآمدى : اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك بالمصلحة المرسلة وهو الحق ، وقال : إذا عرف ذلك : فالمصالح على ما بينا منقسمة إلى ما عهد من الشارع اعتبارها ، وإلى ما عهد منه إلغاؤها ، وهذا القسم متردد بين ذينك القسمين ، وليس إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر ، فامتنع الاحتجاج به دون شاهد بالاعتبار يعرف أنه من قبيل المعتبر دون الملغى [2].

ونسب بعض الفقهاء القول باعتبار المصلحة المرسلة للإمام مالك [3]، ووضعوا للأخذ بها شروطاً :

أولها : أن تلائم مقاصد الشرع .

ثانيها : أن تكون فيما تدركه العقول .

---

(1) روضة الناظر مع شرحها – جـ ١ – ص ٤١٢ ، والإحكام للآمدى : جـ ٤ – ص ١٦٠ ، إرشاد الفحول – ص ٢٤١ ، والمستصفى للغزالي – جـ ١ – ص ١٣٩ ، د. عبد الله بن عبد المحسن التركي : أصـول مـذهب الإمام أحمد – مرجع سابق – ص ٤٥٩ .

(2) الإحكام للآمدى – جـ ٤ – ص ١٦٠ وما بعدها .

(3) راجع : الشاطبى في الاعتصام – جـ ٢ – ص ١١١ ، وراجع في نسبة القول بها إلى الإمام مالك : الغزالي في المستصفى – جـ ١ – ص ١٣٩ ، وحاشية العلامة البنانى ، على شرح الزرقانى على مختصر خليل – ص ١٧٠ .

ثالثها : أن تكون فيما يرجع إلى حفظ أمر ضرورى أو رفع حرج عــن الأمة مما يخفف عنها مشقة سواء أكان رفع الحرج لاحقا بالضرورى أم الحاجي [1].

كما وضعوا لها ضوابط تتمثل في :

أولاً : أن تكون المصلحة مندرجة في مقاصد الشرع .

ثانياً : ألا تعارض الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس .

ثالثاً : ألا تفوت مصلحة أهم منها [2].

وبناء على ذلك تعرف المصلحة المرسلة بأنها :

كل منفعة داخلة في مقاصد الشارع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء [3]، أو هي المصلحة الملائمة لمقاصد الشارع ولكن ليس فيها نص بخصوصها [4]، بمعنى أن يكون في تقريرها خير للعباد يتناسب مع مايقصد إليه الشارع من تحقيق المصالح ورفع المفاسد ومن أمثلة ذلك : ما فعله عمر بن الخطاب حين عرض على أبى بكر فكرة جمع القرآن فقال له أبو بكر : كيف تفعل أمراً لم يفعله رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ، فقال عمر : هو والله خير ، أي أن هذه الفكرة مصلحة تتناسب مع ما يدعو إليه الشارع من تحقيق الخير للعباد ، وبالقطع فإن من أعظم هذا الخير ، المحافظة على الدين، ومعنى ذلك أن الخير مطلوب لذاته في الإسلام ، ولو لم يرد فيه نص ، والخير هو

---

(١) الاعتصام – جـ ٢ – ص ٩٨ ، ١١ ، وراجع : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي – السابق – ص ٤٦٣ ، د. محمد سعيد البوطي – ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية – ص ١١٥ ، مؤسسة الرسالة الطبعة الرابعة – سنة ١٤٠٢هـ دكتوراه من كلية الشريعة سنة ١٩٦٥م .

(٢) د. محمد سعيد البوطى – المرجع نفسه – ص ١١٩ وما بعدها .

(٣) المرجع نفسه – ص ٣٣٠ .

(٤) د. يوسف قاسم – السابق – ص ١٩٨ .

المصلحة [1]، ومثله ما فعله عثمان حين دون القرآن ووزع نسخاً منه على الأمصار وأحرق ما كان عند الأفراد من نسخ خاصة فقد كان مبنى مافعله على المصلحة ، وما فعله عمر حين أسقط سهم المؤلفة قلوبهم ؛ لأن وصف التأليف المذكور في النص لا يكون معتبراً إلا عند حاجة الاسلام إليهم ، فإذا عز الإسلام فلا تأليف ولا صدقة [2]، لكن يبدو أن المصلحة قد تغيرت في وقتنا وأصبحت تتطلب ذلك دفعاً لمكائد أعداء الإسلام .

ويمكن أن يكون من تطبيقات المصلحة ؛ إنشاء الدولة للمصانع الإنتاجية المثمرة والمفيدة لتوفير حاجات الناس ، فذلك يتناسب مع مايدعو إليه الإسلام من المحافظة على الأنفس والأموال ، وفي هذا القدر كفاية بيان .

المطلب الخامس

الإستصحـــاب

تطلق كلمة ، الاستصحاب ويراد بها : الصحبة والملازمة والرفقة ، تقول استصحبت الشيىء ، أي جعلته مصاحبالك ولازماً لك ورفيقا [3].

وفي اصطلاح الفقهاء : لا يخرج في مضمونه عن هذا المعنى، إذ هو عبارة عن : إبقاء الحال على ما كان عليه حتى يقوم الدليل على تقييده [4]، ومن ثم كان المعنى الاصطلاحى راجعاً إلى المعنى اللغوى .

---

(١) د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٢٥٨ .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) المعجم الوجيز – السابق – ص ٣٥٩ .

(٤) د. يوسف قاسم – السابق – ص ٢٠٢ .

أنواع الاستصحاب :

والاستصحاب يتنوع إلى أنواع هي :

(١) استصحاب الحكم الأصلي للأشياء : فالأصل في الأشياء النافعة للإنسان الإباحة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك ، فكل ما يوجد في ملك الله مباح ما لم يرد دليل يحرمه ، وذلك لقول الله تعالى : " هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً [١]" .

(٢) استصحاب البراءة الأصلية ، أو العدم الأصلي : فلو ادعى شخص على آخر دينا وأنكره الآخر ولم يستطع المدعى الإثبات ، اعتبرت ذمة المدعي عليه بريئة ، فالأصل براءة الذمة ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك .

(٣) استصحاب ما دل الشرع على ثبوته ودوامه : مثل ما إذا اشترى شخص داراً أو ورثها فإن ملكيته تبقى ثابتة بناء على ذلك ويجوز للشاهد أن يشهد بها استصحاباً للأصل حتى يقوم دليل يفيد خروجها من ملكه ، ومن توضأ ثم شك في وضوئه ، حكم ببقاء الوضوء استصحاباً للأصل وهو الطهارة الثابتة بيقين[٢].

ويرى بعض العلماء أن اعتبار الاستصحاب مصدراً مستقلاً يحتاج إلى مزيد من التأمل لأن العبرة في كل الأحوال بالدليل ، أما الدليل السابق ، وهو الذى دل على وجود الحكم الأصلي وأما الدليل اللاحق وهو الذى جاء بالحكم الجديد [٣]، وهذا ما نرجحه ونميل إليه .

---

(١) سورة البقرة – من الآية ٢٩ .

(٢) د. محمد سلام مدكور – السابق – ص ٢٥٠ وما بعدها .

(٣) د. يوسف قاسم – ص ٢٠٣ .

مقارنة بين الشريعة والقانون :

وبالمقارنة بين مصادر القاعدة التشريعية في كل من الشريعة والقانون ، نجد أن مجال الأدلة الشرعية متعدد ومتنوع ، فهو من جهة التعدد يفوق عدد المصادر الموضوعة للقاعدة التشريعية الوضعية حيث يقتصر على التشريع والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، والفقه والقضاء كمصدرين للتفسير ، وليس للتطبيق ، أما في التشريع الإسلامي فإن المصادر تتجاوز العشرة مصادر أو الأدلة ، وهي تتنوع ما بين أدلة نقلية ، وأدلة عقلية ، كما تتنوع الأدلة النقلية ما بين منقولة بالوحي كالكتاب والسنة ، ومنقولة بغير الوحي كالإجماع ، وذلك من شأنه أن يعطى للقاعدة التشريعية مدى زمنياً في التطبيق أرحب وأوسع من القاعدة التشريعية التي تنحصر مصادرها في عددها المحدود ، ولا شك - لدينا - أن اتساع المجال الزمنى لتلك المصادر قد جاء انسجاماً مع طبيعة التشريع الإسلامي وما يتسم به من خلود وأبدية ، وصلاحية لكل زمان ومكان .

ثم إن طبيعة المصادر في كلا التشريعين مختلفة ، لأن التشريع الوضعي، صناعة بشرية تحمل بين طياتها أهواء البشر في إعداد التشريعات وقصور نظرتهم عن الإحاطة بما يكنه المستقبل لما يعدونه من القواعد التشريعية التى تعد بصفة خاصة لتنظيم ما يستجد من معاملات في المستقبل ، وبالقطع فإن التشريع الإسلامي منزه عن هاتين النقيصتين وكان ذلك من ضمن مقوماته التى تصنع خلوده وتؤدى إلى صلاحيته في كل زمان ومكان ، فالحمد لله الذى أكرمنا به، وهدانا إليه وجعلنا من الذين يعملون في شرف خدمته ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

د. عبد الله مبروك النجار

فهرس تفصيلي بمحتويات البحث

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة
المطلب الأول :	٦٠
القصاص وما يقوم مقامه من الديات والأروش ----------------	٦٠
الموضوع الأول :	٦٠
القصاص --	٦٠
الموضوع الثاني :	٦٢
الديات والأروش ----------------------------------	٦٢
مقدار الدية -------------------------------------	٦٤
مجال تقدير حكومة العدل ------------------------------	٦٧
المعايير التقديرية لحكومة العدل --------------------------	٦٩
معايير تقدير القيمة -----------------------------------	٦٩
معياران لتقدير الضرر ---------------------------------	٧٢
أولهما : تقدير الضرر في فوات السلامة --------------------	٧٢
(١) الضرر الواقع على القوى العقلية ----------------------	٧٣
(٢) تقدير الضرر الواقع على نعمة البصر ------------------	٧٤
(٣) الضرر الواقع على النطق ----------------------------	٧٥
(٤) الضرر الواقع على السمع ----------------------------	٧٦
(٥) الضرر الواقع على الشم والذوق -----------------------	٧٦
ثانيهما : تقدير الضرر الأدبي في المجالات الأخرى ------------	٧٧
الموضوع الثالث :	٧٨
الكفارة ---	٧٨
الموضوع الرابع :	٨٠
الحرمان من الميراث ----------------------------------	٨٠
الغصن الثاني :	٨١
الحدود --	٨١

الموضوع	صفحة

الموضـــــــوع	صفحـــة

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة
الباب الثاني :	١٥٩
أنواع القواعد التشريعية في الفقه الإسلامي والقانون ----------	١٥٩
الفصل الأول :	١٦٣
فروع القانون العام وما يقابلها في التشريع الإسلامي ----------	١٦٣
المبحث الأول :	١٦٣
القانون الدولي العام ----------	١٦٣
المطلب الأول :	١٦٣
العلاقات الدولية في التشريع الوضعي ----------	١٦٣
مصادر القانون الدولى العام ----------	١٦٤
(١) العرف ----------	١٦٤
(٢) المعاهدات الشارعة ----------	١٦٤
(٣) المبادئ القانونية العامة ----------	١٦٥
المطلب الثاني :	١٦٧
العلاقات الدولية في التشريع الإسلامي ----------	١٦٧
أثر عالمية الإسلام على شكل الدولة ----------	١٦٨
عناصر الدولة الإسلامية ----------	١٧٠
المبحث الثاني :	١٧٣
القانون العام الداخلي ----------	١٧٣
المطلب الأول :	١٧٣
القانون الدستوري ----------	١٧٣
المطلب الثاني :	١٧٦
التنظيم الإداري ----------	١٧٦
الفرع الأول :	١٧٦
القانون الإداري الوضعي ----------	١٧٦

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

الموضـــــوع	صفحـــة

الموضوع	صفحة

صفحة	الموضوع

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

صفحة	الموضوع

الموضوع	صفحة
أولاً : الدلالة على طلب الفعل إتياناً وكفاً ----------------	٤٤١
ثانياً : أسلوب القرآن الكريم في التخيير ----------------	٤٤٤
المطلب الثاني :	٤٤٦
السنة النبوية الشريفة ----------------	٤٤٦
أقسام السنة من حيث ذاتها ----------------	٤٤٨
حجية السنة النبوية ----------------	٤٥٠
أقسام السنة النبوية بحسب روايتها ----------------	٤٥٣
صلة السنة بالقرآن الكريم ----------------	٤٥٦
(١) بيان السنة لأحكام القرآن ----------------	٤٥٦
(٢) بيان السنة لأحكام سكت عنها القرآن ----------------	٤٥٨
المطلب الثالث :	٤٥٩
شرع من قبلنا ----------------	٤٥٩
المبحث الثاني :	٤٦١
المصادر النقلية من غير الوحي ----------------	٤٦١
المطلب الأول :	٤٦١
الإجماع ----------------	٤٦١
شروط الإجماع ----------------	٤٦٢
إمكان الإجماع في عصرنا ----------------	٤٦٢
حجية الإجماع ----------------	٤٦٣
أدلة الإجماع ----------------	٤٦٣
المطلب الثاني :	٤٦٥
قول الصحابي ----------------	٤٦٥
المطلب الثالث :	٤٦٦
العرف ----------------	٤٦٦

الموضوع	صفحة

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين